

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

**“La utilización fraudulenta de la persona jurídica en
el ambito del Derecho Laboral”**

TESIS

para optar el titulo academico de doctor en derecho y ciencias politicas

AUTOR

Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

Lima- Perú

2011

INTRODUCCIÓN

La utilización fraudulenta de la persona jurídica se entiende como aquella situación en la cual los controlantes del ente colectivo se aprovechan de la misma para cometer actos fraudulentos contrarios al orden público y las buenas costumbres. La doctrina que combate estas conductas ilícitas es conocida también bajo los nombre del levantamiento, corrimiento, penetración, desestimación, superación, prescindencia, limitación, redhibición, inoponibilidad y allanamiento de la persona jurídica. Las formas de usar a una persona jurídica para intentar burlar normas de orden público son tan ingeniosas e inteligentes como las estrategias de ajedrez existentes. La utilización de la persona jurídica para defraudar derechos laborales no es una situación ajena al quehacer de la jurisprudencia laboral nacional, empero la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) recaída en el expediente 6322-2007 constituye el primer pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución sobre esta materia, y en la consagración de una de sus principales consecuencias: la solidaridad laboral. Ya antes el Pleno Jurisdiccional Laboral, abril 2008, los magistrados de 29 Cortes Superiores del país establecieron que los grupos de empresas pueden asumir responsabilidad solidaria por el pago de beneficios laborales cuando se haya actuado con el objeto de burlar derechos laborales. En buena cuenta cuando se evidencia que se intenta usar la subjetividad de empresas vinculadas económicamente para eludir obligaciones laborales cabe aplicar la solidaridad laboral como remedio para evitar un fraude a normas imperativas y de orden público. Los supuestos más comunes de utilización fraudulenta de personas jurídicas para eludir obligaciones laborales son:

- Cuando la sociedad “empleadora” carece de actividad real y se dedica al tráfico de personal a otras empresas, lo que se puede inferir de la falta de tributación, ausencia de autorización para operar o la cancelación de ésta, carencia de independencia de patrimonio, inexistencia de operaciones mercantiles, adquisición de bienes no relacionados a su objeto social y otros hechos, que en conjunto demuestren que la sociedad es una mera fachada formal.

- Cuando la sociedad “empleadora” es utilizada en exclusivo interés de una persona natural que para sustraerse de las obligaciones laborales constituye una sociedad comercial con el exclusivo propósito de defraudar a sus trabajadores.
- Cuando la sociedad “empleadora” efectúa el traspaso irregular del fondo de comercio a una sociedad vinculada, dejando sin garantía patrimonial a los trabajadores. Se utiliza a la sociedad vinculada como un mero instrumento para sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones laborales.
- Simulación absoluta de una sociedad en que funge de empleadora. La única voluntad presente en ella es la del sujeto que interpone ilícitamente a la sociedad convirtiéndola en una mera ficción encaminada a realizar fraudes laborales.

En ese contexto, nuestra tesis abordará la problemática de la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el campo laboral, he intentará proponer soluciones a esta problemática. Por otra parte, este trabajo encuentra su justificación en la necesidad de trabajos jurídicos que analizan la problemática del abuso de la persona jurídica en el sector laboral en el ámbito nacional por el alto el interés social que existe por dar solución a uno de los más conocidos y a la vez impunes mecanismos de defraudar créditos laborales.

Los objetivos de la presente investigación son básicamente:

- a) Determinar si la legislación nacional vigente regula adecuadamente la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito laboral.
- b) Proponer se proscriba expresamente la utilización fraudulenta de la persona jurídica cuando afecte a los trabajadores.

La hipótesis con la que trabajaremos será por tanto “la utilización fraudulenta de la persona jurídica no se encuentra adecuadamente regulada en el ámbito laboral”. En búsqueda de corroborar nuestra hipótesis, hemos estructurado esta tesis, en siete capítulos:

Capítulo I, Cuestiones metodológicas.

Capítulo II: La persona jurídica

Capítulo III: La utilización fraudulenta de la persona jurídica

Capítulo IV: La utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito del Derecho Laboral

Capítulo V: El Estado como empleador y la utilización fraudulenta de la persona jurídica

Capítulo VI: Constatación de la hipótesis de la tesis: La necesidad de sancionar la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito laboral

Considero que este trabajo contribuirá al perfeccionamiento de la regulación que combate la utilización fraudulenta de la persona jurídica, específicamente en el campo laboral, caso en el cual los trabajadores vienen siendo defraudados en sus derechos crediticios, situaciones en las cuales el ordenamiento jurídico no ha tenido reacción y ha permitido la impunidad de estas conductas por parte de inescrupulosos empleadores.

CAPÍTULO I

CUESTIONES METODOLOGICAS

1.1. TÍTULO:

LA UTILIZACION FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURIDICA EN EL AMBITO DEL DERECHO LABORAL

1.2. PLANTEAMIENTO DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA:

La utilización fraudulenta de la persona jurídica se produce cuando se utiliza a la sociedad para efectos de realizar un fraude a la ley, frustrar derechos acreedores, y en buena cuenta burlando obligaciones contractuales o legales. Esta es una conducta lamentablemente altamente frecuente en nuestro país, debido a que la legislación nacional no ha dado una solución legislativa expresa, lo que esta ocasionando los acreedores de la sociedad, trabajadores, conyugue, herederos e incluso el propio Estado termine siendo seriamente afectado. Históricamente, la denominada doctrina del levantamiento del velo societario o abuso de la persona jurídica ha venido a nivel jurisprudencia siendo un instrumento eficiente para combatir los fraudes a través de la persona jurídica, empero en la mayoría de países europeos e latinoamericanos ha ido progresivamente ha conseguido ser consagrada legislativamente. Lamentablemente, en nuestro país la utilización disfuncional o abusiva de la persona jurídica, no esta proscrita expresamente por nuestra legislación civil ni penal, sobre todo la devenida del control externo. Nuestro ordenamiento sólo responsabiliza por los fraudes a la persona jurídica a los administradores, excepcionalmente a los socios, pero nunca a terceros con el control efectivo de la sociedad. Respecto a los socios o controlantes internos, la responsabilidad limitada y la subjetividad propia de la sociedad. A la postre ello provoca situaciones ilegítimas e injustas en perjuicio del Estado, consumidores, trabajadores, herederos, cónyuges, terceros y la propia comunidad. La constatación de una realidad tan ilegítima e irregular como esta, justifica plenamente la realización de una investigación cuyo objetivo sea establecer los

límites que impidan la utilización fraudulenta de la persona jurídica específicamente cuando los afectados son trabajadores. Nuestra investigación por tanto partirá en busca de una solución a un problema que late y punza incesantemente: la conducta humana intersubjetiva de valerse de una persona jurídica como mecanismo para cometer fraudes laborales. De momento ello es posible debido a la inexistencia de una norma o institución que impida en forma frontal el uso fraudulento de la persona jurídica, lo que inevitablemente provoca disfuncionalidades en el ordenamiento jurídico. Dicha problemática no sólo está vulnerando los fundamentos mismos de las personas jurídicas sino que está externalizando los costos de estos a los agentes económicos más vulnerables. Debemos adelantar que esta investigación centrará su eje temático en la denominada teoría del levantamiento del velo o desestimación de la persona jurídica, así como otras que impidan la utilización indebida de la persona jurídica. La finalidad de estas instituciones será responsabilizar a los miembros o a quien controle la persona jurídica cuando el control societario haya sido utilizado en forma anormal, antisocial o disfuncional, en fraude a la ley, abuso de derecho, fraude contractual o daños a terceros. En otras palabras, ello se puede traducir en la utilización antisocial de la subjetividad o de la responsabilidad limitada de la persona jurídica. En estos casos se deberá imputar las consecuencias de dichas conductas a quienes controlen a la persona jurídica. En otras palabras, hacer desaparecer la distinción entre colectividad – individuo, cuando ello se haya vuelto puramente formal y no responda a la realidad. De esta manera se hará responsables a los seres humanos que actuaron abusivamente o en fraude a la ley mediante la interposición de una persona jurídica. Enfatizamos dos ideas claves en la comprensión del tema: a) los efectos de esta doctrina no se circunscribirán sólo al ámbito patrimonial sino, a otros de orden público como el ejercicio de un derecho, la aplicación de una norma imperativa o la protección de un legítimo interés; b) la persona jurídica se mantiene viva respecto al resto de situaciones jurídicas donde fue utilizada conforme a derecho, sobre todo con relación a terceros de buena fe. Los atributos de la persona jurídica como su subjetividad o la responsabilidad limitada solo son inoponibles por sus controlantes

– miembros respecto a las situaciones jurídicas donde se instrumentalizó la organización del ente colectivo para perpetrar fraude a la ley, abuso de derecho, fraude contractual o daño a tercero por control societario abusivo.

1.3. SISTEMATIZACION DEL PROBLEMA

- a) ¿Se encuentra adecuadamente regulada la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el derecho laboral peruano?
- b) ¿La legislación nacional debería proscribir expresamente la utilización fraudulenta de la persona jurídica cuando afecta a los derechos laborales?

1.4. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Los objetivos de la presente investigación son básicamente:

- c) Determinar si la legislación laboral nacional vigente regula adecuadamente la utilización fraudulenta de la persona jurídica.
- d) Proponer se proscriba expresamente la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el campo laboral.

1.5. MARCO REFERENCIAL

El marco teórico que tomara en cuenta el conocimiento previamente existente sobre el tema materia de investigación. En nuestro caso sería:

- La teoría general del derecho constitucional
- La teoría general del derecho civil
- La teoría general del derecho societario
- La teoría del derecho laboral

1.6. FORMULACION DE LA HIPOTESIS DE INVESTIGACION

HIPÓTESIS PRINCIPAL

“la utilización fraudulenta de la persona jurídica no se encuentra adecuadamente regulada en el ámbito laboral” y su variable por tanto será de constatación.

VARIABLE DE CONSTATAACION:

X₁: La regulación laboral

Los indicadores de la variable serán aquellas normas sobre la responsabilidad por control de la persona jurídica:

Indicadores

X₁ El Código Civil

X₂ Ley General de Sociedades

X₃ Legislación sobre derecho procesal del trabajo

X₄ Legislación sobre derecho individual del trabajo

X₅ Legislación sobre derecho colectivo del trabajo

X₆ Tratado de Libre Comercio con EE.UU

1.7. METODOLOGÍA DEL ESTUDIO:

TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es no experimental y recurre para constatar su hipótesis principal al método analítico, exegético y dogmatico.

1.7.1.-Métodos: En cuanto a los métodos de Investigación, escogimos los siguientes:

-Exegético - Hermenéutico: Para determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas para su correcta aplicación.

-Dogmático: Interpretación y aplicación del Derecho vigente. El método dogmático, no sólo determina el ámbito a investigar, sino que suministra un criterio, que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos, para fijar después los principios generales mediante el análisis y la síntesis.

-Lógico jurídico: Método de investigación para entender al Derecho, que obtiene su principal fuente del conocimiento en la razón y no de la experiencia; el empleo de un lenguaje simbólico del Derecho, permite también formar un paradigma en el conocimiento jurídico, que infiere en resultados.

1.8.-Técnicas de Recolección de Información:

-Recopilación documental: A fin de recabarse la información contenida en diversos documentos, ya sean bibliográficos, hemerográficos, así como los existentes en Internet.

CAPÍTULO II

LA PERSONA JURIDICA

2.1. La persona jurídica

La persona jurídica es una organización de personas que cohesionadas por la cooperación¹, solidaridad,² y la asistencia recíproca,³ buscan alcanzar como organización colectiva una serie de objetivos y metas, en beneficio del ente colectivo, de sus miembros o terceros. En ese sentido, la persona jurídica se erige en el esfuerzo de un grupo de conductas humanas vivenciando valores e intereses comunes.⁴ En consecuencia, la función social de esta institución es poder dar seguridad jurídica al acuerdo de este grupo de personas que desean unir esfuerzos para alcanzar una meta. El ordenamiento jurídico teniendo presente esa necesidad de dota al grupo de personas organizadas que actúan como un ente colectivo bien diferenciado de sus miembros de subjetividad jurídica y con ello les otorga autonomía jurídica-patrimonial. El reconocimiento de esta agrupación de personas que persiguen fines comunes desde luego hace más eficientes y eficaces las relaciones del económicas y sociales entre los hombres asociados y la comunidad.

Los romanos dieron los primeros pasos en la creación de un ente con subjetividad, distinto al hombre, cuando otorgaron subjetividad a un conjunto de bienes que no tenían propietario, pues su titular había fallecido, y era necesario que alguien lo administre.⁵ Ya antes – con las comunidades-, los seres humanos habían

¹ La cooperación cuyos sinónimos son la colaboración, la reciprocidad, la asistencia, la ayuda, el apoyo, el auxilio entre otros. Pertenece a los valores de heteronomía, caracterizados por el elemento coexistencial, son bidireccionales, se forjan en la vida asociada, valen para “un nosotros,” los impone la comunidad, su fundamento ultimo es la existencia funcional. Cfr. COSSIO, Carlos. Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho. Depalma. Buenos Aires. 1987. p. 62/3.

² Como expresa Nieto Arteta, el Derecho es el medio de realización social de determinados valores. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho como Libertad. Universidad de Lima. 1era ed. Lima. 1994. p.113.

³ ABBAGNO, Incola. Diccionario de filosofía. Fondo de Cultura Económica. México.2000. p.1094

⁴ Cfr, FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho como Libertad. Universidad de Lima. 1era ed. Lima. 1994. p.63

⁵ Fruto de esta preocupación nace la Herencia Yacente.

observado que la estabilidad de un conjunto de personas, la perpetuación de valores y determinados fines, sólo se podría lograr mediante una organización y un patrimonio con sentido social, esto es mediante la personificación de esta organización de individuos.⁶ Para de Rossi, la persona jurídica en Roma, era “la persona social, es una asociación con capacidad jurídica autónoma, con patrimonio propio, y distinto a la de sus asociados, quienes a su vez no tendrán ningún derecho sobre dichos bienes. Las deudas que contraiga la asociación serán respondidas por ésta y no por sus asociados. En síntesis la asociación goza de propia capacidad, y es totalmente distinta e independiente de las personas físicas que la componen”. Comparte similar opinión Arangio-Ruiz, Arguello, Iglesias, Petit, entre otros. Mestre añade que los juristas romanos no decían que la agrupación de personas era una persona, sino que desempeñaba el papel de persona, cumplía funciones de la persona humana. Incluso se consideraba a las personas jurídicas como capaces de cometer delitos y ser castigadas,⁷ en especial las ciudades infieles y asociaciones conspiradoras.

Para Di Pietro las asociaciones no alcanzaron la subjetividad.⁸ De Rossi y sostiene que las asociaciones en el derecho romano requerían, de la reunión en el momento constitutivo, de al menos tres sujetos: “*Tres Faciut Collegium*”; luego dichos miembros podían ser renovados e incluso quedarse con un componente. Por regla se constituían para lograr un determinado fin –lícito- por un tiempo indeterminado.⁹ Desde las doce tablas se regula las condiciones para que éstas puedan obtener personalidad, permitiéndoles estas preparar sus propios estatutos. A la asociación para existir le basta así tener pluralidad de personas y un fin determinado, no siendo necesario el reconocimiento expreso, pues se consideraba que la autorización del estado no daba la personalidad sino sólo la autonomía patrimonial. Con el advenimiento de partidos de oposición y

⁶ Para ARANGIO-RUIZ se llama persona jurídica – “hombre solo e inmortal”- a todo ente diverso al ser humano, a quien el ordenamiento jurídico imputa derechos y obligaciones. Arangio- Ruiz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Depalma. Buenos Aires. 1986. p.76.

⁷ Citado por GARCÍA RADA, Domingo. Ob. Cit. p. 50.

⁸ DI PIETRO, Alfredo. Ob. Cit. p.98.

⁹ Cfr. IGLESIAS, Juan. Ob. Cit. p.100.

conspiraciones, aparece la Ley Julia que hace obligatoria que las futuras sociedades sean aprobadas por el Senado o el Emperador.

Arguello, señala que las asociaciones –corporaciones-, cuyos miembros se denominaban sodales o socii, se hallan dentro del género de las universitas personarum. Cada ente debía tener un estatuto, órganos directivos, sus representantes (syndici), una caja común o patrimonio propio y autorización estatal. La extinción de la asociación se producía por la desaparición de todos sus socios, por acuerdo voluntario de ellos, por la consecución del fin para el cual se creó¹⁰ y por decisión de la autoridad estatal.¹¹ Entre las diversas asociaciones que existieron en el derecho romano destacan las societates, los collegium, las universitas, las salinarum, las corpora publicanorum, sodalitas o sodalicum, ordo, etc¹². Empero, el concepto de corporación como lo conocemos en el derecho moderno recién da sus primeros en el derecho justiniano¹³ conforme los manifiestan Arias Ramos, Arias Bonet, Petit, entre otros. Iglesias, para demostrar la subjetividad de las asociaciones, enumera las facultades de que estaba investida:¹⁴ a) los créditos de la asociación no son créditos de los individuos que la componen; b) los bienes de la asociación no se hallan en copropiedad de los asociados, sino en propiedad exclusiva del ente; c) el actor nombrado por la asociación para intervenir en juicio, representa a ésta, y no a sus miembros; d) la asociación subsiste, como individualidad aparte, aunque se renueven los miembros, o aunque estos se reduzcan a uno. Iglesias añade, que la asociación se distingue de la sociedad, en que tiende al logro de un fin común, pero actuando

¹⁰ VOLTERRA, Eduardo. Ob. Cit. p.146.

¹¹ ARGUELLO, Luis Rodolfo. Ob. Cit. p.147/8.

¹² IGLESIAS, Juan. Ob. Cit. p.99.

¹³ DE ROSSI, incluso observa en las societates publicanorum características similares a las sociedades anónimas de hoy, precursores sin duda de esta forma societaria. En ellas se reunían grupo de personas quienes aportaban trabajo, conocimiento o bienes, con el objetivo de efectuar obras publicas, recaudar impuestos, explotar minas de sal, abastecer al estado o los municipios, etc. Efectuando todas estas actividades con afán de lucro. Estas asociaciones emitían dos rudimentarios documentos, que podrían compararse a los bonos y las acciones. De otra parte, los aportes eran denominados “pars” y sus documentos de reconocimientos de deuda eran denominados “ adfines, ambos se presume eran negociables y transferibles. La idea de la delegación de la dirección de la societates a un reducido grupo, puede lo que pudo ser el origen de lo que sería en el futuro las gerencias y directorios. Ob. Cit. p.26/7

¹⁴ Ibidem. p. 102.

como un sujeto individual y autónomo; la segunda no trasciende al exterior, por que es una simple relación contractual entre los socios.¹⁵

En la edad media los textos del Corpus Juris Civilis no expresan claramente la idea de una unidad ficticia superponiéndose o diferenciándose de algún modo de los individuos que los formaban. Es en este momento en que los glosadores recogen la metáfora del corpus, comparando a los miembros de la corporación a los órganos del cuerpo humano. Para los glosadores había identidad de naturaleza entre *universitas* y el conjunto de individuos que la componen, así la *Universitas* no difería de la suma de los miembros que la formaban, por lo que las deudas y delitos de ésta podían ser pagadas por sus miembros. Anota Mestre que es por ello que podían delinquir corporativamente la *Universitas*, a decir de los glosadores.¹⁶

El Derecho Canónico identificó el carácter individual de la agrupación y la naturaleza “ficticia” de la *Universitas*, siendo posteriormente los post glosadores, los que contrapondrían la personalidad “verdadera” o “viva” del individuo con la de la agrupación como “persona representada” o “persona ficta”. Se reconoce así como una ficción jurídica con subjetividad a la “*universitas*”.¹⁷ Este concepto corporativo de la persona jurídica es sobre el que se edifica la iglesia, los monasterios, las congregaciones y las Órdenes religiosas.¹⁸ En esta etapa, se consideraba que las ciudades y otras colectividades, eran responsables por los delitos de sus miembros, por lo que las autoridades civiles las arrasaban y las eclesiásticas las excomulgaban. Fue el canonista Sinibaldo de Fieschi quien ante dicha problemática sustenta la tesis que las ciudades no tenían alma y que la excomunión afecta a inocentes, siendo la ciudad o colectividad, consideradas sólo como una persona “ficta” solo para efectos de ejercitar derechos y acciones de esta colectividad.¹⁹ Es de esta manera como el Papa Inocencio IV, declara que las

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ GARCÍA RADA, Domingo. Ob. Cit. p. 51/2.

¹⁷ Cfr. DE ROSSI, Guido. Ob. Cit. p.36.

¹⁸ Cuyo antecedente son las escuelas catedrales. Así por ejemplo las escuelas que formaron la Universidad de París eran parte de la escuela catedral de Notre Dame.

¹⁹ Cfr. CASTRO Y BRAVO, Federico de. La Persona Jurídica. Civitas. Madrid. 1981.p.262.

Universitas son una ficción que goza de existencia ideal pero no obra por sí misma. En consecuencia, no puede cometer delitos ni ser excomulgada, pues estas son penas aplicables sólo a los seres humanos.²⁰ Ello se traduciría en el abstracto concepto de persona ficta. El invento no era nada desinteresado, pues permitió con ello la separación de patrimonios entre la persona ficta y sus miembros, con lo que se aseguró la proliferación y personificación de establecimientos eclesiásticos,²¹ que de esta manera no se verían afectados por la temporalidad de sus miembros. Con el Concilio de Lyon (1245) la persona ficta destrona a las universitas, al establecerse en forma definitiva que dicho concepto permite la distinción de los miembros del ente colectivo de éste.

“Comprendido” el concepto de persona ficta, el tránsito de la persona jurídica del derecho público al privado -debido al derecho consuetudinario imperante en la época-, permite la aparición de formas jurídicas tales como la Sociedad en Comandita teniendo entre sus especies las Societas Maris, Collengantia, Comanda, Colonia, etc. La Societas Maris, conformada por dos socios; “El socio Sans”, el que no viajaba, aportaba dos tercios del capital; “el socio tractans”, el que viajaba aportaba un tercio más sus conocimientos y trabajo; de haber utilidades estas se repartían a medias, de haber pérdidas, se soportaban en la proporción de dos tercios a un tercio. La Comanda se halla aun más cerca de la actual sociedad en Comandita. En ella el “socius stans” (commandator) aportaba todo el capital, el “socio tractans” (commadatarius) aportaba sus conocimiento y trabajo.²² Posteriormente sociedades para actividades del comercio terrestre aparecieron, especialmente en el norte de Italia, a fines del S. XXII, llamadas Comanda Terrestre, que en su etapa más avanzada, el “socius stans” aportaba el íntegro del capital, pero sólo percibía dos tercios de los beneficios. En la edad media, también aparecen los “Guilds” o “Gilds”, antecesores de la sociedad anónima y la corporación, cuyo origen se asigna a los países germánicos, anglos y escandinavos. Los guilds eran asociaciones cuya característica significativa era el

²⁰ GARCÍA RADA, Domingo. Ob. Cit. p. 53.

²¹ Producto entre otras causas del sistema de prebendas.

²² Cfr. DE ROSSI, Guido. Ob. Cit. p.37.

sentimiento fraternal de independencia mutua y de afecto íntimo o asociaciones para ayuda mutua, organizada por la gente misma cuando las encontraban necesarias. De esta manera los guilds²³ eran asociaciones voluntarias para dar ayuda y protección a sus miembros. Sus fraternidades pueden ser divididas en tres clases: la social-religiosas, las mercantiles y las de las artes y oficios.²⁴ Aunque los guilds mercantes cesaron de existir a fines del S.XV, ya en el S.XIII se comienza a adaptar su estructura al comercio internacional, a esta nueva versión de guild se le denomina “compañía regulada”, una de las cuales, la Compañía de Aventureros Mercantes (Company of Merchant Adventurers),²⁵ servirá como base para la eventual formación de las famosas Compañías de Indias Orientales y otras compañías de colonización.²⁶

En la edad Media también dan sus primeros pasos los antecesores de la sociedad colectiva, en Italia y Alemania, donde florecen uniones domésticas-familiares de capital y trabajo a las que se denominó “compañía”, esto es de “comunidad de pan,” en alusión a su mancomunidad o la simple comunión de la hacienda. Estas compañías tienen como elemento primordial al individuo, siendo de carácter ocasional. Es importante anotar, que un sector de la doctrina suele atribuir a los bancos italianos el origen de las sociedades anónimas.²⁷

Posteriormente, las grandes “Compañías de Indias Orientales” organizadas por casi todos los países europeos (Austria, Dinamarca, Escocia, España, Francia, Holanda e Inglaterra), como también otras compañías de colonización, derivaron de compañías como Aventureros Mercantes y la Liga Anseática. La primera de las Compañías de Indias Orientales se fundó en Inglaterra en 1600; la segunda y más

²³ Las raíces de la palabra guild o gild (posiblemente de la palabra inglesa guilt) significan expiación, castigo, sacrificio o adoración, fiesta o banquete, contribución o pago; es complicado determinar cual era su significado original. DE ROSSI, Guido. Ob. Cit. p. 41.

²⁴ DE ROSSI, Guido. Ob. Cit. p. 41.

²⁵ Conformada por un gran numero de poderosos comerciantes de diversas ciudades, tales como Londres, York, Exeter, Ipswich, Newcastle entre otras.

²⁶ DE ROSSI, Guido. Ob. Cit. p. 44.

²⁷ Los Bancos de San Marcos de Venecia, San Jorge de Genova (1407), entre otros.

famosa fue la Holandesa en 1602.²⁸ Otras organizaciones como la Reederei derivadas de las Commandas, sociedades marítimas, fueron demasiado primitivas para hacer frente a los grandes descubrimientos de la época. A fines del siglo XVI la gran competencia entre las potencias europeas, hace necesario reunir gigantescos capitales, lo que requerían la concurrencia de un gran sector del público, haciéndose imposible que todos los socios tuvieran vínculos personales. Esto se logró mediante la fusión de varias precompañías para formar grandes compañías, contra las que se hace valer, directamente, los derechos de los accionistas. Ulteriormente surge el derecho de los accionistas de intervenir en la administración y el privilegio de la responsabilidad limitada. No tardaría mucho en completarse la fisonomía de la sociedad por acciones a fines del Siglo XVII, con cuyo uso se evitó los inconvenientes de la sociedad colectiva.²⁹ Al lado de la impersonalización de los socios, la negociabilidad de sus participaciones, la responsabilidad limitada del socio³⁰ es una característica inherente a la sociedad anónima.³¹ La premisa para consagrar legislativamente esta característica fue la limitación de riesgos en los negocios, sin dañar el interés de los acreedores. Recordemos que fue el Código Francés de Comercio de 1807 que consagra el principio de responsabilidad limitada.³² Finalmente, ya fines del siglo XIX se inicia la vertiginosa carrera de las teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas cuyos más destacados conductores fueron Savigny (teoría de la ficción), Gierke (teoría organicista), Hauriou (teoría de la institución), Brinz-Bekker (teoría de los patrimonios de afectación), Ihering-Planiol (teoría de la propiedad colectiva), Kelsen (teoría normativista), entre otros.

²⁸ Cfr. DE ROSSI, Guido. Ob. Cit. p. 54. Cfr. SEONE LINARES, Mario. Personas Jurídicas. Cultural Cuzco S.A. Lima.2001.p.19.

²⁹ El ingreso de un nuevo socio se formaba un nuevo contrato, ocasionando la disolución de la sociedad, aunque se formase nuevamente.

³⁰ El Código Francés de Comercio de 1807 establece oficialmente, por primera vez, la característica más apreciada en las sociedades anónimas: la responsabilidad limitada de los socios. Similar posición siguieron EE.UU. (1811), España (1829), Holanda (1838), Prusia (1847), Inglaterra (1844), entre otros

³¹ Recuérdese que la responsabilidad limitada no es un atributo connatural a la persona jurídica.

³² GARCÍA RADA, Domingo. Ob. Cit. p. 57.

La teoría de la ficción postulada partía del presupuesto que el derecho subjetivo sólo puede ser atribuido a una voluntad, de donde infiere que sólo los seres dotados de voluntad pueden ser personas. Sin embargo, por una razón de conveniencia social o interés económico se construye la ficción de las personas jurídicas que sólo existen para fines jurídicos, para los cuales el Estado los dota de una capacidad artificial y sólo relativa al derecho patrimonial. La creación proviene del legislador. Consecuencias prácticas de esta teoría son: a) las personas jurídicas no pueden existir sin autorización del Estado; b) el Estado pone fin a esta ficción o artificio; c) Esta dotada con capacidad para realizar únicamente actos lícitos; d) carece de voluntad dependen de sus representantes; e) su carencia de voluntad excluye a la persona jurídica por hechos ilícitos cometidos por sus representantes, puesto que es inconcebible admitir responsabilidad para delinquir. La subjetividad es atribuida para fines útiles y de conveniencia social no para perpetrar conductas ilícitas. En síntesis, se concibe a la persona jurídica como sujeto de derecho de bienes. La crítica más severa a esta teoría es que la voluntad es un elemento importante solamente para el ejercicio de un derecho y no para su goce.³³

Las teorías negatorias entienden a la persona jurídica como un patrimonio con subjetividad y el único sujeto de derecho verdadero es la persona física o ser humano como tal. Así se sostiene que la persona jurídica es un **patrimonio de afectación**. La afectación de un patrimonio al logro de un determinado fin sostienen no justifica la creación de un nuevo sujeto de derecho. A los ojos de este sector de la doctrina la persona jurídica es una universalidad de bienes sin titular afectada a fines determinados. Esta tesis obvia la dimensión social del hombre, esto es su instinto coexistencial, que lo hace agruparse alrededor de una organización encaminada a determinados fines. Esta realidad social, llamada persona jurídica, no es un patrimonio destinado a un fin, sino una organización de personas persiguiendo una finalidad.

³³ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General. T. II. Perrot. Buenos Aires. 1967. p.14

Otros han sostenido que la persona jurídica esconde un tipo régimen de **Propiedad Colectiva**, la persona jurídica es así una forma de organizar el uso y gestión de la propiedad colectiva.³⁴ De esta manera, la persona jurídica no es sino una forma de propiedad colectiva, análoga al condominio. Esta teoría no explica situaciones distintas de personas jurídicas públicas ni de la Iglesia, que contienen intereses espirituales no reducibles a valores patrimoniales. Más radicales otro sector de la doctrina ha sostenido la **teoría de los bienes sin sujeto**, que en la persona jurídica solo ve hombres organizados en base a la solidaridad social. Se niega la existencia de sujetos de derecho, por tanto a la persona jurídica, y los derechos subjetivos. Sólo reconoce al derecho como norma. La crítica a esta teoría señala que siempre será necesaria la presencia de un sujeto que piense, detente y ejerza el derecho subjetivo, y que evidentemente el segundo sin el primero no existe.

Se encuentran también los defensores de la **teoría de los derechos individuales peculiares (Ihering)** que sostienen que es un error atribuir a la persona jurídica derechos subjetivos, pues estos pertenecen a sus miembros, que son los beneficiarios de la utilidad que rinde el patrimonio del ente colectivo. La persona jurídica es un titular aparente, que oculta al verdadero titular: sus miembros. La crítica alega bien cuando sostiene que esta teoría desatiende notoriamente la dimensión social del hombre y los valores colectivos, que trascienden a los individuos. Más adelante aparece **la teoría de la realidad** que básicamente observan en la persona jurídica una realidad social o institución poseedora de una individualidad distinta a la de sus miembros. Las justificaciones de la persona jurídica como ente autónomo de sus miembros son las siguientes: a) la voluntad social del ente que puede diferir de la de alguno de sus miembros; b) la existencia del interés social del ente; c) los que la reconocen como institución teniendo en cuenta el derecho como instrumento de progreso social garantiza no sólo la faceta individual del hombre sino también su ser social. El derecho objetivo nada inventa,

³⁴ SEONE LINARES, Mario. Ibidem. p.26.

simplemente transforma esa figura social en una figura jurídica. Las personas jurídicas son, pues, entes que sirven para la procuración de intereses humanos colectivos. Se concibe a la persona jurídica como una institución³⁵ que tiene como punto de arranque los usos y costumbres, y aparecen para cumplir una función. Los elementos constitutivos de esta institución son:³⁶ **a.) Una idea fuerza:** de obra, de empresa. Es el núcleo vital en torno al cual se centra las voluntades individuales consagradas a su servicio; **b.) Un poder para servirla:** La idea que lleva en sí misma un destino de autorrealización, requiere para ello un dispositivo u órgano que le sirva para ejecutar la idea; **c.) Una adhesión plural a la idea o comunión en ella:** se requiere de individuos comprometidos en la idea institucional. Es un estado psicológico que desemboca en una cooperación y es la fuerza vital del ente.

Posteriormente la teoría normativista sostiene que la persona jurídica no tiene otra existencia que aquella de los individuos que la integran.³⁷ Kelsen, siguiendo la metodología fenomenológica de Husserl, juzga que la persona no es ficción ni realidad sino simplemente un concepto, o sea una representación del entendimiento a la cual se le imputan una serie de acciones humanas normativamente pensadas; en consecuencia, siendo un concepto no interesa que sea persona visible o ideal, bastando que sea un centro de imputación de normas, un modo especial de designar unitariamente una pluralidad de normas que adscriben derechos y obligaciones. Así pues para él, tanto la persona individual como la persona jurídica se encuentran en un mismo nivel, en la medida que ambas son unidad de un conjunto de normas.³⁸ Galgano y Hart, se alistaron a esta

³⁵ La institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, que sujeta a su servicio voluntades indefinidamente renovadas.

³⁶ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Ob. Cit. p.24/5.

³⁷ Magni plantea la distinción entre lo que llama símbolo primario, que es el sujeto de derecho en cuanto hombre, del símbolo derivado que es la persona. *ibidem*. p.70.

³⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. La Persona en la doctrina jurídica contemporánea. Universidad de Lima. Lima 1984.p.62.; Sobre el referente debemos señalar que el termino sujeto de derecho designa cualquier modalidad de la vida humana, en tanto que persona al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad exigida por la norma. Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Grijley. Lima- Perú. 2001. p.37.

corriente formalista, sosteniendo que la naturaleza de la persona jurídica se contrae a ser una simple expresión lingüística. Estos autores consideran que a ella pertenece lo que se designa como “la escena verbalizada” desde que estas específicas palabras no corresponden a ningún ente real. Es que para Galgano, el único sujeto de derecho, en el mundo existencial, es el ser humano individualmente considerado.³⁹ Hart, añade, que la persona jurídica, en cuanto concepto jurídico, no tiene un rol descriptivo sino que desempeña una función diversa que es la de formular “conclusiones de derecho.” Es decir, dados ciertos hechos y ciertas reglas se adscriben ciertos derechos y obligaciones a determinados sujetos. De esta manera para Hart el concepto persona jurídica no representa un nombre que corresponda a una entidad, ni real ni abstracta. Carece de toda referencia ontológica. Por su parte, Ross, sostiene que la persona jurídica no tiene por función ni representar ni hechos ni reglas sino que son instrumentos del lenguaje jurídico destinados a facilitar la exposición del Derecho. Términos del lenguaje a los que no corresponde ninguna entidad.⁴⁰ El problema apunta Fernández Sessarego, no es pues definir que cosa es ella, sino el precisar las condiciones de uso. Scarpelli, considera que éstas se hallan en la existencia de una multiplicidad de intereses en torno a un ordenamiento que funge como elemento unificador. Este centro de intereses está conformado por un grupo humano organizado para la obtención de ciertos fines.⁴¹

La teoría tridimensional del derecho sostiene que desde su dimensión formal la persona jurídica es un centro unitario ideal de referencia de situaciones jurídicas subjetivas o centro de imputación de derechos y obligaciones. Este proceso de transformación jurídica de un conjunto de sujetos de derecho a un único centro de imputación, se materializa en la vida real mediante la inscripción en el registro público o cuando se obtiene el reconocimiento gubernativo. El propósito es hacer posible un ente colectivo que se pueda relacionar con el resto de sujetos de

³⁹Cfr. CAPILLA RONCERO, Federico. La Persona Jurídica: Funciones y disfunciones. Tecnos. Madrid. 1984.p.52/7.

⁴⁰ Ibidem. p.68

⁴¹ Ibidem. p.68.

derecho. Esta visión formal-normativista, se encuentra consagrada en el artículo 78 del Código Civil, cuando establece que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros, por lo que ninguno de éstos, ni todos ellos, tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas. Empero, la persona jurídica tiene una dimensión sociológica co-existencial así como una dimensión axiológica, que la constituye, este actuar organizadamente de manera colectiva para lograr un fin o conjunto de fines valiosos. En ese sentido, la persona jurídica debe ser considerada como una unidad formal pues ontológicamente tiene una existencia diferente a sus miembros y la sociedad es consciente de dicho rol, de ahí que le reconozca subjetividad, haciendo pasar jurídicamente del campo de la informalidad de los sujetos de derecho a la formalidad de los mismos.

2.1.1. CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA

La persona jurídica es una institución colectiva con autonomía ontológica del ser humano individual poseedora de una voluntad e intereses propios, a la cual el ordenamiento jurídico le ha reconocido la calidad de sujeto de derecho para efectos no sólo de formalizar sus relaciones con terceros sino para otorgarles mayor eficiencia y eficacia.⁴² La persona jurídica nace de un concierto de voluntades individuales que la hacen diferente de la existencia de cada uno de sus miembros a los cuales incluso puede reclamarles obligaciones asumidas con ella.⁴³ Empero, lo que le otorga unidad a este ente colectivo son los objetivos y valores que vivencia este sujeto de derecho, que es justamente lo que le da unidad y sostiene su organización interna diferenciada del quehacer de sus miembros.⁴⁴ La persona jurídica es la personificación de una realidad social pre existente, el derecho lo único que le confiere a la misma es subjetividad, más no la inventa, justificando dicho reconocimiento en el interés público que existe en darle

⁴² Cfr, RICHARD, Hugo. Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado. Academia Nacional de Derecho. Córdoba. 2000. p.149

⁴³ Cfr, DE BENITO, José. La Personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles. Revista de Derecho Privado. Madrid-España. 1943.p.56

⁴⁴ Cfr, DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. T.I. Reus. Madrid- España.1944. p. 440; CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. T. I. Reus. Madrid-España. 1943.p.210

protección a determinados proyectos colectivos.⁴⁵ En ese sentido, la persona jurídica es el reconocimiento del derecho a una determinada realidad social, así como la persona natural es un reconocimiento del derecho al ser humano individual.⁴⁶ La persona jurídica es un sujeto de derecho derivado del carácter social del hombre, que se puede definir el instrumento jurídico a través del cual se permite que un colectivo organizado que vivencia valores y metas comunes pueda logra contar también con individualidad jurídica como ente social, y que por tanto pueda ser portadora de derechos y obligaciones. Las personas jurídicas nunca fueron un invento carente de sustrato social sino todo lo contrario fue el instrumento jurídico a través del cual se hizo posible la individualidad jurídica de determinados entes colectivos que ya contaban con reconocimiento e individualidad ontológica. En ese sentido, los elementos de la persona jurídica serian: el sustrato social, los fines perseguidos y el reconocimiento estatal⁴⁷. Sólo a determinadas personas jurídicas se les exige un patrimonio previo para su constitución, éste es el caso de las fundaciones o las sociedades comerciales, en contraste con la asociación, el sindicato, el comité o las sociedades civiles que no deben satisfacer este requisito.⁴⁸ Nuestro Código Civil en su artículo 76, señala que “la existencia, capacidad, régimen, derechos y obligaciones y fines de la persona jurídica, se determina por las disposiciones del presente Código o de leyes respectiva”.

Los presupuestos para que una persona jurídica tenga subjetividad son:⁴⁹ a) que se le reconozca como un centro de imputación diferenciado, al cual cabe atribuir

⁴⁵Cfr, DIEZ PICAZO, Luis. Sistemas de Derecho Civil. Vol. I. Tecnos. Madrid- España.1995. p.617/8; Cfr, ALBALADEJO, Manuel. Compendio de Derecho Civil. Bosch. 10 Ed. Barcelona-España.1997. p.68; ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. T.I, Vol. 1. Bosch. 10 Ed. Barcelona-España.1996. p.376

⁴⁶Cfr, RICHARD, Hugo. Ob. Cit. p.149

⁴⁷ Cfr, FERRARA, Teoría de las Personas Jurídicas, pp.360-387

⁴⁸Cfr, RICHARD, Hugo. Las relaciones de organización y el sistema jurídico...pp.83 y 113; Cfr, VÁSQUEZ RÍOS, Alberto; Derecho de Personas, pp.21/2

⁴⁹Cfr, LUDOVICO GULMINELLI, Ricardo. Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica,pp.56/7; Cfr, ASCARELLI, Tullio. Sociedades y Asociaciones, Edición S.A. Editores, Buenos Aires,1947; Cfr, RIVAROLA, Mario. Sociedades Anónimas, T.I, Editorial Ateneo, 1941, pp.155

derechos y obligaciones, b) autonomía patrimonial; c) que cuente con una organización interna; d) cuente con un interés social.

2.1.2. IMPORTANCIA DE LA SUBJETIVIDAD A LA PERSONA JURÍDICA

La persona jurídica al vestir al ente colectivo de subjetividad jurídica, formaliza sus relaciones internas y externas, que antes solo habían estado siendo reconocidas socialmente. Ello implica que el complejo de relaciones de coordinación y subordinación que el colectivo a establecido tenga reconocimiento legal así como que sus relaciones jurídicas con terceros sean formalmente distinguidas de las que tengan sus miembros.⁵⁰ La autonomía formal, de que está investida la persona jurídica, le es reconocida por el ordenamiento jurídico peruano, en el artículo 78º del Código Civil que prescribe: “la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de ellos tiene derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”. La autonomía patrimonial inherente a la persona jurídica, no sólo le permite tener un patrimonio propio, sino que éste, será la única garantía de los acreedores del ente social, no pudiendo agotado este, irse contra los bienes de sus miembros. Esta apotema no es invulnerable, tiene sus matices según se trate de una sociedad de personas⁵¹ o de capitales,⁵² como observaremos del análisis de las clases de autonomía patrimonial de las organizaciones de personas con subjetividad:⁵³

a.) Autonomía Patrimonial Imperfecta.- Esta limitada al reconocimiento de un derecho de prelación de los acreedores sociales sobre los bienes conferidos a la “sociedad”, asegurándoles así una concreta garantía. El miembro, socio o asociado puede solicitar la excusión preventiva del patrimonio social, indicando los bienes sociales sobre los cuales el acreedor puede resarcirse.

⁵⁰ Cfr, De COSSIO Y CORRAL, Instituciones de Derecho Civil, T. I, pp.243-246

⁵¹ Donde la responsabilidad de los socios sustituye la deficiencia patrimonial de la sociedad. Ejemplo: Sociedad Colectiva.

⁵² No se da responsabilidad personal de los socios, la sociedad responde por sus obligaciones con su patrimonio. Ejemplo: Sociedad Anónima.

⁵³ Cfr. BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA). Buenos Aires. 1960. p.155/6.

Esta es la autonomía de las sociedades irregulares o de hecho.⁵⁴ Empero, se le denomina autonomía imperfecta pues no excluye la responsabilidad patrimonial a los miembros del ente colectivo que solidaria e ilimitadamente tendrán que afrontar las obligaciones sociales si es que el patrimonio social resulta insuficiente para el cobro de las acreencias de la persona jurídica.

b.) Autonomía Patrimonial Relativa.- Los acreedores sociales deberán en primera instancia agotar el patrimonio social, antes de intentar que los socios respondan por las acreencias sociales. Esta es la autonomía patrimonial de las sociedades colectivas y en comandita simple.

c.) Autonomía Patrimonial Absoluta.- La persona jurídica responde con todo su patrimonio social por las deudas que contraiga. Ninguna responsabilidad ni siquiera indirecta subsiste respecto de los socios. Esta es la autonomía de las personas jurídicas con responsabilidad limitada como la asociación, el comité, las sociedades comerciales, etc.

En cualquier caso, la autonomía patrimonial de la persona jurídica impide al socio disponer de su aportación durante la vida de la sociedad y le prohíbe servirse del patrimonio social en su interés personal; en las relaciones externas permite a la sociedad, adquirir detentar un patrimonio mediante el cual los acreedores sociales pueden satisfacer sus créditos. En suma, la autonomía patrimonial de la persona jurídica le permite manejar su propio patrimonio que servirá de garantía a los créditos que en el tráfico jurídico adquiera.

Empero, la persona jurídica se desenvuelve frente a otros sujetos de derecho a través de sus órganos que le permiten contar con una estructura organizativa interna y externa (**teoría del órgano**⁵⁵) según la cual los administradores, el consejo directivo, las asamblea de socios, directores, gerentes, entre otros son

⁵⁴ Que valgan verdades es un sujeto derecho, pero no una persona jurídica.

⁵⁵ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Los Órganos Societarios. Heliasta. Bs. As.1996.p.26

componentes orgánicos del ente colectivo a través de los cuales expresa su voluntad dentro de la órbita de su competencia.⁵⁶ Carnelutti por ello entiende que las personas jurídicas tienen siempre individuos que obran como órganos de la organización, el órgano es el individuo con la carga social de satisfacer un interés social.⁵⁷ En otros términos, el órgano no es un sujeto que se contrapone a la sociedad sino es el status que se le confiere a una persona para que actúe dentro de la organización social. El órgano siempre es depositario y vehículo de la voluntad única, que es la persona jurídica, pues el órgano es un elemento intrínseco al ente colectivo, sin el órgano no puede expresar su voluntad. El órgano es el trámite por el que la persona jurídica obra directamente y en nombre propio; por consiguiente la relación que existe entre persona jurídica y órgano es una relación orgánica, lo que implica compenetración entre persona jurídica y órgano.⁵⁸ De esta manera, podemos definir al órgano como la persona que actúa como si fuera la propia persona jurídica, a diferencia del representante persona que realiza encargos de ésta y el dependiente, subordinado al ente colectivo. El órgano implica una estructura normativa que determine cuando y de que manera la voluntad del individuo o del cuerpo colegiado, serán imputados en sus efectos al ente colectivo llamado persona jurídica. A su vez el órgano se compone de dos elementos.⁵⁹

- a.) **Uno Objetivo o jurídico**; que es el conjunto de facultades, funciones y atribuciones que el ordenamiento legal y el pacto social le atribuye.
- b.) **Uno Subjetivo**; compuesto por la persona que lo integra y ejerce dichas facultades.

Valencia Zea manifiesta por ello que la teoría de los órganos sirve para explicar la manera como la persona jurídica puede celebrar toda clase de negocios jurídicos y dirigir su vida interna (nombramiento de administradores) y externa (cumplir sus

⁵⁶ Son ineficaces los actos ultra vires, vale decir aquellos que exceden lo dispuesto por el objeto social. Sin embargo no para el tercero de buena fe que es protegido por el Artículo 12 de la Ley General de Sociedades.

⁵⁷ Cfr. SASOT BETES, Miguel A. –SASOT, Miguel P. El Órgano de administración. Abaco de Rodolfo de Palma. Bs. As. 1980. p.31 –59.

⁵⁸ Cfr, ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Capacidad y Responsabilidad Civil de la Persona Jurídica. Normas Legales. Tomo 278.Lima. 1999.p. A-59.

⁵⁹ ETCHEVERRY, Raul Anibal. Derecho Comercial y Económico. Astrea. Argentina.1989.p. 7/8.

obligaciones).⁶⁰ En ese sentido, los administradores sociales, a diferencia de los representantes, no expresan su propia voluntad sino son portadores de la voluntad de la persona jurídica.⁶¹ La vigente Ley General de Sociedades manifiesta Laroza recoge la teoría del órgano, al diseñar un esquema de organización de la sociedad y dotarlo de funciones y atribuciones.⁶²

2.1.2.1. Responsabilidad civil de la persona jurídica por el daño generado en ejercicio de sus funciones por sus órganos, representantes o dependientes

La responsabilidad civil según nuestro ordenamiento jurídico puede ser de índole contractual, la que esta prevista en el artículo 1325º del Código Civil y se refiere al daño derivado del incumplimiento de un contrato o su ejecución defectuosa. Por otra parte encontramos a la responsabilidad extracontractual cuando el daño se deriva de un hecho que no se vincula al cumplimiento de un contrato previsto en el artículo 1969º del Código Civil. En fuero de la responsabilidad extracontractual se suele a la persona jurídica el artículo 1981 del Código Civil: *“Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realiza en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”* clásico supuesto de responsabilidad por dependiente o representante.⁶³ Nótese que el fundamento de esta responsabilidad es de carácter eminentemente objetivo, no importa probar la existencia de dolo o culpa del dependiente para imputar responsabilidad en la persona jurídica (o empleador) sino basta probar que el daño fue ocasionado por el mismo. El factor de atribución es la posición de garante que tiene la persona jurídica respecto a sus empleados.

Empero, la persona jurídica también puede responder por el riesgo que genera a la sociedad en virtud al artículo 1971 del Código Civil: *“Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa,*

⁶⁰ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Temis. Bogotá. 1989. p.508.

⁶¹ Citado por ELÍAS LAROZA, Enrique. Ley General de Sociedades. Fascículo Tercero. Normas Legales. Lima. p.316.

⁶² Ibidem.

⁶³ Cfr. DIEZ PICAZO- GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Vol.II. Tecnos. Madrid.1984. p.636.

causa un daño a otro, está obligado a repararlo.” La mayoría de personas jurídicas que realizan una actividad empresarial pueden generar este tipo de riesgos en la medida que sus productos o servicios de ocasionar un daño al consumidor deben responder por el mismo, este es el caso de personas jurídicas que brindan servicios médicos, transporte público terrestre, transporte público aéreo, electrificación, elaboración de medicinas, elaboración de alimentos, etc. Y es que la persona jurídica generadora de riesgos al realizar una actividad empresarial, así como alegremente recoge los frutos de su labor debe responsablemente asumir también los costos que genere la misma. En palabras del Tribunal Constitucional en su STC 0048-2004-AI/TC: *“La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo “social” se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos.”* El carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el

segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.⁶⁴ En la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad. Es así como se ha desarrollado el concepto de responsabilidad social de la empresa, que tiene diversos ámbitos de aplicación como el interno: el relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.⁶⁵ En dicho, contexto la responsabilidad civil constituye una herramienta eficiente mediante la cual el Estado puede corregir políticas de responsabilidad social de las personas jurídicas-empresas que producen daño a terceros. En ese sentido, hemos identificado cinco supuestos de responsabilidad civil:⁶⁶

- a.) La responsabilidad ultra vires de la persona jurídica, esto es cuando sus órganos, representantes o funcionarios realizan actos que **exceden su objeto social** empero contaban con facultados para celebrarlos este es el caso del supuesto previsto por el artículo 12º de Ley General de Sociedades.
- b.) La responsabilidad civil dentro del ejercicio de las funciones del órgano, representante o dependiente, basado en la clásica doctrina de que el principal responde por los actos de sus subordinados (responsabilidad por hecho ajeno) y evidentemente por los actos propios o realizados mediante sus representantes u órganos (responsabilidad directa).

⁶⁴ Fundamento 22 de la STC 03343-2007-PA/TC

⁶⁵ Fundamento 23 de la STC 03343-2007-PA/TC

⁶⁶ Cfr, ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes y dependientes. Gaceta Jurídica. Tomo 79-B. Lima. 2000.p.21-28; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de Personas. Huallaga. Lima.2001.p.430-435; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Responsabilidad civil de la Persona Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 80-B.2000.Lima. p.27-32; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Capacidad y Responsabilidad Civil de la Persona Jurídica. Normas Legales. Tomo 278.Lima. 1999.p. A-57/66 Cfr, Carhuatocto Sandoval, Henry. La Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica. Editorial Jurista. Lima- Perú. 2005.

- c.) La responsabilidad civil en exceso de las funciones del órgano, representante o dependiente, estos cuando excediendo los límites de las facultades conferidas causan un daño.
- d.) La responsabilidad civil con ocasión de las funciones del órgano, representante o dependiente esta basado en el daño que este ocasiona aprovechándose de su status de órgano, representante o dependiente de la persona jurídica. El fundamento de la ocasionalidad necesaria se basa en que el principal responde cuando las funciones que ha confiado al dependiente, han hecho posible o han favorecido la producción del hecho dañoso, es el ejemplo del pintor dependiente de una persona jurídica que con ocasión de sus funciones hurta un bien del cliente o por descuido daña un fino cuadro. En estos casos existe una responsabilidad solidaria entre la persona natural y la persona jurídica.⁶⁷
- e.) La responsabilidad civil de la persona jurídica por los daños que pueda ocasionar su controlante interno o externo⁶⁸, sobre todo cuando la instrumentalizó para cometer fraude a la ley, fraude contractual, abuso de derecho, para contravenir normas de orden público o delinquir. Esta responsabilidad es solidaria con los responsables directos del daño que pueden ser según el caso los socios dominantes, los controlantes, los administradores, gerentes, directores y demás personas involucrados. Actualmente existe una ausencia de capacidad para sancionar penalmente a la persona jurídica instrumentalizada sin que previamente no se sancione a quien la instrumentalizo, este ha sido el caso de Ernesto Schutz Landázuri que por el pago de al menos la suma de US\$ 1'500000 (un millón quinientos mil dólares americanos) instrumentalizo a la persona jurídica de Panamericana Televisión para efectuar realizar psicosociales y tener una línea editorial a

⁶⁷Procuraduría evalúa juicio de Schütz en Suiza. En: <http://www.minjus.gob.pe/prensa/detalle.asp?strNoticiald=00292>

⁶⁸A este último también se le conoce en la doctrina como empresario oculto o administrador de hecho, quien formalmente no forma parte de la estructura societaria, pero que sin embargo clandestinamente la controla plenamente.

favor del Gobierno de Alberto Fujimori⁶⁹, posteriormente a la fuga de este sujeto el Estado no pudo condenar vía penal por reparación civil a Panamericana Televisión pues no se había sancionado previamente al socio que la mal utilizó, toda una paradoja de la teoría de las consecuencias accesorias⁷⁰. Y ello es así porque para aplicar esta doctrina se requieren de cuatro presupuestos:⁷¹ a.) Que se haya cometido un delito; b.) Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito; c.) Que haya condena penal del autor específico del delito; d.) Se deba disponer la intervención de la persona jurídica para dejar a salvo el derecho de los trabajadores.

Como se observa la aplicación de esta teoría depende de que se haya individualizado y sancionado a una persona natural como autora del delito, que actuó como órgano de la persona jurídica y por ello la compromete. En otras palabras, sino se sanciona penalmente a las personas físicas que la instrumentalizaron para cometer un delito no se puede aplicar ninguna sanción especial –en el derecho penal- contra la persona jurídica, a pesar de ser un hecho notorio y probado: su instrumentalización para delinquir y los beneficios que dicho hecho le redituó como se observa del caso Panamericana Televisión. Es una paradoja de nuestro sistema penal el que baste para librar a la persona jurídica de la reparación civil vía penal además de las consecuencias accesorias, la sencilla estrategia de escapar a un país que no tenga convenio con el Perú de Extradición o que impida extraditar a sus nacionales como ocurre con el caso de Suiza con relación a Ernesto Schutz. Más allá de la supuesta constricción de la nueva administración de Panamericana Televisión, siguió operando como si nada hubiera pasado, sin devolver los beneficios percibidos por la comisión del delito y sin resarcir el daño ocasionado. Esta situación se ha pretendido atenuar a través

⁶⁹ Crisis que trae de vuelta el eterno debate sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Cfr. SALDAÑA QUINTILIANO. Capacidad criminal de las personas sociales. Reus. Madrid.1927; Mestre Aquiles. Las personas morales y la responsabilidad penal. Reus. Madrid.1947.

⁷⁰ Definida como las sanciones especiales que se aplican a la persona jurídica que resulte involucrada, a través de su actividad, administración u organización con la comisión, favorecimiento u ocultamiento de un delito.

⁷¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las Consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Gaceta Jurídica. Lima.2000.p. 184-185.

tardías medidas cautelares en los procesos penales o procedimientos administrativos, cuando ya la empresa ha sido canibalizada por las administraciones que han pasado, resultando insuficientes los bienes existentes para resarcir el daño proferido o al menos cancelar deudas laborales. Finalmente, tengamos en cuenta que incluso si las medidas cautelares hubieran sido interpuestas oportunamente estas pueden ser levantadas, si no habiéndose extraditado el prófugo, prescribe el delito.

2.2.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES DE UN DIRECTOR Y ACCIONISTA MAYORITARIO DE UNA PERSONA JURÍDICA (CASO CROUSILLAT – CANAL 4)

Un caso importante que llamó particularmente mi atención sobre responsabilidad civil de la persona jurídica fue el caso de la responsabilidad civil del Canal 4 por el daño causado por sus directivos y accionistas al vender su línea editorial al gobierno de turno con fondos públicos. Recordemos este tristemente celebre caso revisando las resoluciones judiciales respectivas:

“el acusado José Francisco Crousillat Carreño como autor del delito contra la tranquilidad pública asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado y la sociedad; como cómplice del delito contra la administración pública corrupción activa de funcionario y peculado, en agravio del Estado” (...)
“preguntado el acusado José Francisco Crousillat Carreño con arreglo a lo dispuesto en la Ley N° 28122, al haber respondido este en sentido afirmativo, aceptando ser autor de los delitos materia de acusación y responsable por la reparación civil (...).”⁷²

“Se imputa a José Francisco Crousillat Carreño, haber conformado una agrupación delictiva, juntamente con Vladimiro Montesinos Torres y otro, mediante la cual se puso a disposición del gobierno del ex presidente Alberto Fujimori la empresa televisora Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima (Canal 4), con la finalidad de perjudicar a otros canales de televisión, igualmente para desprestigiar el honor de diversas personas,

⁷²Sentencia Anticipada Expediente N° 11-2001 expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima Segunda Sala Penal Especial

(...) o a periodistas opositores al régimen de turno (...) así como para servir para fines de la reelección presidencial.”⁷³

CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS EL CANAL 4 CON VLADIMIRO MONTESINOS	
OBLIGACIONES ASUMIDAS POR “EL CANAL”	OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LA OTRA PARTE “CONTRATANTE”
<ol style="list-style-type: none"> 1. No admitir ni pasar ninguna propaganda política directa o indirecta sin autorización. 2. No pasar avisos políticos de ninguna índole de los candidatos a la Presidencia, al Congreso o cualquier cargo público a menos que sea sin autorización. 3. No promover directa o indirectamente la imagen de ninguna agrupación política sin autorización. 4. No hacer ni pasar entrevistas, debate ni reportajes a candidatos a cargos públicos, sin autorización. 5. No emitir programas políticos sin autorización. 6. Emitir un programa político dominical cuyo contenido será coordinado con el contratante. 7. Revisar diariamente con el contratante el contenido de todos los titulares de los programas noticiosos. 8. Durante cada emisión de “Laura en América”, el contratante dispondrá del tiempo que sea necesario para desarrollar el contenido que crea conveniente 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cumplir puntualmente con el pago de mensualidades acordadas. 2. Coordinar oportunamente con “El Canal” la revisión de los programas noticiosos y el programa político dominical 3. Realizar las demás acciones que sean menester, acordando además que como garantía del cumplimiento de sus obligaciones, “El Canal” firmara una letra de cambio al portador por el monto que recibe mensualmente recibe. 4. El contratante podrá ejercer durante la vigencia del contrato el derecho de veto sobre la participación de cualquier comentarista o periodista del Canal.

Fuente: Sentencia de la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima del 08.08.2006, **Expediente N° 11-2001**.

“De igual modo, se tiene que Vladimiro Montesinos Torres se apropió de ingentes sumas dinero perteneciente al erario público, para destinarlo al pago mensual, que desde octubre de 1998 se realizaba a José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres en su calidad de propietarios de la empresa televisiva – Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima como contraprestación, existiendo registros en audio y video de tales entregas de dinero, realizada por Vladimiro Montesinos Torres a José Francisco Crousillat Carreño y otro, por la suma de un millón ochocientos cincuenta y siete mil nuevos soles, teniéndose que tales entregas eran mensuales.”⁷⁴

⁷³Sentencia Anticipada Expediente N° 11-2001 expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima Segunda Sala Penal Especial, acápite 2.1.2.

⁷⁴Ibidem

“Dado que el delito imputado se consuma desde el intento de corromper, no siendo necesaria la entrega efectiva de la dádiva, ni el cumplimiento de la promesa, ni la verificación de la ventaja ofrecida, siendo lo sancionado la vulneración o quebrantamiento de los deberes de lealtad e imparcialidad que tiene para con la administración pública el funcionario o servidor público.” “Que, en cuanto a este delito, José Francisco Crousillat Carreño tuvo participación necesaria y directa en la realización del mismo, por parte de Vladimiro Montesinos Torres pues coordinó entre este y el entonces Congresista electo Luis Alberto Kouri Bumachar, viabilizando que Montesinos le ofrezca y entregue posteriormente, dinero a cambio de su pase al partido “Perú 2000.”⁷⁵

“En este caso, José Francisco Crousillat Carreño como un tercero (extraneus) en complicidad con Vladimiro Montesinos Torres, recibió de manos de aquel quien de facto administraba el dinero estatal asignado al Servicio de Inteligencia Nacional dinero que dispuso y sacó del ámbito público para beneficiarlo (a Crousillat Carreño) teniéndose que ambos pactaron la entrega mensual de una cantidad importante de dinero, la misma que aumentaría del millón ochocientos cincuenta y siete mil nuevos soles inicial, hasta los dos millones de dólares americanos en el periodo comprendido entre noviembre de 1999 y julio de 2000.”⁷⁶

*“Se tiene que en el acto procesal correspondiente, el acusado José Francisco Crousillat Carreño, aceptó ser COMPLICE de los delitos contra la administración pública –peculado y corrupción activa de funcionario público, así como AUTOR del ilícito penal contra la tranquilidad pública – asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado y **responsable de la reparación civil** (...).”⁷⁷*

⁷⁵Sentencia Anticipada Expediente N° 11-2001 expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima Segunda Sala Penal Especial, acápite 2.1.3.

⁷⁶Ibidem

⁷⁷Sentencia Anticipada Expediente N° 11-2001 expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima Segunda Sala Penal Especial, acápite 2.2.1.

“La responsabilidad civil se determina conjuntamente con la pena, en ella se comprende: a) la restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y b) la indemnización de los daños y perjuicios, de conformidad con el artículo 93º del Código Penal, en tal virtud, la reparación civil debe guardar proporción con el daño y perjuicio ocasionado al agraviado. Sobre el particular, el Ministerio Público solicita el pago de 50 millones de soles por concepto de reparación civil.”⁷⁸

“Puede accionarse la reparación civil contra los terceros civilmente responsables, a quienes se los define como “las personas naturales o jurídicas que sin ser culpables del delito, están obligados solidariamente con el autor o partícipes al pago de la reparación civil por razones de parentesco, dependencia o realización de actividades explotadas o propulsadas por dichos terceros.”⁷⁹

“Cesar San Martín Castro: (...) el tercero civilmente responsable no puede ser condenado al pago de la reparación civil si no fue citado o no intervino voluntariamente en el proceso penal, pues de ese modo se afectaría la garantía jurisdiccional que tienen todas las personas” (...) “en cuanto a su actuación procesal, el tercero civil, para defender sus intereses patrimoniales, goza de todos los derechos y garantías que se reconocen al imputado.”⁸⁰

“La compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima fue incorporada como tercero civilmente responsable (...) auto que fue confirmado por la Sala Superior (...) circunstancia que le permite ejercer su derecho de defensa en lo que le resulte pertinente (...); no pudiendo verse recortado o restringido este por actuaciones directamente derivadas de actuaciones de otros sujetos procesales, como la manifestación de conformidad con la acusación que motiva esta sentencia anticipada.”⁸¹

⁷⁸Sentencia Anticipada Expediente N° 11-2001 de la Corte Superior de Justicia de Lima Segunda Sala Penal Especial, acápite 3.3

⁷⁹Sentencia Anticipada Expediente N° 11-2001 de la Corte Superior de Justicia de Lima Segunda Sala Penal Especial, acápite 3.4

⁸⁰Ibidem

⁸¹Ibidem

“el representante del Ministerio Público no ha determinado, ni cuantificado el ámbito de la responsabilidad vicaria, habiendo condicionado dicha determinación al resultado de la actividad probatoria futura a desplegarse en el juicio oral, razón por la que la sentencia anticipada, en la que subyace un asentimiento de los cargos por adhesión a la acusación, no podría abarcar un extremo sobre el que en puridad, no existe una pretensión suficientemente delimitada en cuanto a su objeto, lo contrario importaría una abierta contradicción al principio acusatorio (declaración de responsabilidad sin pretensión).” “(...) a fin de no privar o limitar dichos derechos del tercero civilmente responsable, el pronunciamiento sobre la presunta responsabilidad vicaria debe diferirse hasta que se resuelva la situación jurídica de Crousillat padre.”⁸²

“FIJARON: en la suma de OCHENTA MILLONES DE NUEVOS SOLES, el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor del Estado y de la sociedad; debiendo además, José Francisco Crousillat Carreño devolver lo irregularmente obtenido que asciende a sesenta y nueve millones ochocientos cincuenta y cinco mil nuevos, sin perjuicio de que en vía de ejecución se actualice dicho monto, RESERVARON, el pronunciamiento respecto a la situación jurídica del tercero civilmente responsable, Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, para el momento de dictarse la sentencia con la relación al acusado José Enrique Crousillat López Torres, (...)”

En primera instancia Crousillat hijo se reconoce como autor del delito contra la tranquilidad pública asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado y la sociedad; como cómplice del delito contra la administración pública corrupción activa de funcionario y peculado, lo que sin duda tiene repercusiones sustantivas sobre la responsabilidad civil de la persona jurídica que utilizó para perpetrar el segundo de los delitos. ¿Tiene sentido decir que no podía controlar a la persona jurídica (medio de comunicación) para los fines políticos de la reelección presidencial? ¿Es lógico pensar que los Crousillat podían consumir los fines para

⁸²Ibidem

los que se les corrompió sin utilizar a la persona jurídica (canal 4)? Desde luego que no, así que se puede concluir que los Crousillats como socios mayoritarios y gerentes, tenían absoluto control sobre el teje y maneja del Canal 4, y controlaban la línea editora conforme las directivas que impartían sus corruptores. Entonces, no resulta relevante demostrar si el dinero ingreso a las arcas de la persona jurídica o incluso si lo aprovecho de manera efectiva, pues lo que interesa saber es si fue el instrumento utilizado para delinquir, cuestión que de ser cierta tendría que ser solidariamente responsable, de la misma forma como lo es el propietario por los daños que se genera uno de sus bienes, o si se quiere al amparo de la relación de dependencia en calidad de gerente-persona jurídica, más acertada para este caso.

Desde luego ello no obsta a que se dé la oportunidad de que la persona jurídica ejerza su derecho de defensa, independientemente de la defensa del imputado (directivo o socio), puesto que pudiera en el devenir del proceso demostrar la inexistencia del factor de atribución por el que se le imputa responsabilidad solidaria, a través del concepto de tercero civilmente responsable. Sin embargo, el panorama se complica para la persona jurídica cuando el controlante, en este caso los Crousillat, reconocen el ilícito, y admiten la utilización fraudulenta del control sobre una persona jurídica. El problema aquí radica, en determinar si en puridad, independientemente de los tratos que tengan sus controlantes sobre la actuación de la persona jurídica, este accionar es ilegal o ilícito. Sostenemos que los medios de comunicación pueden defender sus ideas políticas, al amparo del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, cuando el mismo se ejerce de manera abusiva, al punto de difamar y manchar honras de periodistas de oposición como se menciona en el expediente, y además se incluye la difusión de psicosociales contruidos especialmente para distraer la atención de la opinión pública de hecho sustantivamente relevantes, en estos casos, consideramos que existe un evidente daño a la sociedad que debe ser reparado más allá que por la comisión de los mismos la propia persona jurídica no haya tenido un beneficio económico concreto.

Veamos ahora que se resuelve para el caso de Crousillat padre en el **Exp. N° 011-2001** (juzgamiento reservado reo contumaz):

*“90. (...) Debiendo indicar que en la sección sexta del Código Civil en el artículo 1981º, se prevé la inclusión de un tercero como civilmente responsable en un proceso penal, cuando se establece que **“aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”**; siendo el criterio de imputación, la relación que existe entre el responsable y el sujeto que ha causado el daño, pues desde esta óptica el principal estaría en la obligación de resarcir, por cuanto **si se beneficia económicamente con la actividad realizada por el tercero, debe asumir los costos que origine los daños del mismo (criterio del riesgo-beneficio)**.*

*91. Esta responsabilidad no se funda en una responsabilidad puramente vicarial, en la que si el subordinado no es responsable (subjetivo) entonces no habrá responsabilidad (objetiva) del principal, pues existen casos en los que **aun cuando la responsabilidad del subordinado no se acredita, igualmente responde el principal, ello porque su fundamento radica en la actividad misma de la empresa o del principal y no por una garantía frente a los actos de los subordinados. La responsabilidad del principal no es vicaria ni indirecta, es directa por su propia actividad.***

*92. Para que se configure esta responsabilidad deben darse los siguientes: a) **una relación de subordinación**, debiendo indicarse que lo que cuenta no es tanto la calificación formal que las partes dan a la relación, sino la valoración de la existencia efectiva de una relación sobre la cual una persona actúa a pedido, por cuenta o en interés de otro, quien por ser titular de la actividad, a cuya instancia **se ha verificado el hecho ilícito, es el sujeto que está en situación de controlar las condiciones del riesgo inherente a esa actividad**; b) que **el subordinado ocasione daños**, siendo uno de los supuestos de la responsabilidad civil (objetiva)*

del principal que el dependiente incurra en responsabilidad subjetiva (a título de dolo o culpa), no descartándose como se dijo antes que hayan casos de responsabilidad objetiva por parte del dependiente, y c) **que exista una responsabilidad de causalidad o de ocasionalidad necesaria entre el ejercicio de las funciones y el daño.** Debiendo recalcar una vez más que en este caso la responsabilidad del tercero civilmente responsable o principal no es a título subjetivo sino objetivo, vale decir que si se verifica la concurrencia de los elementos que la ley señala, entonces aparece la responsabilidad civil.

93. Ahora bien, es pertinente referirnos a los argumentos de descargos enarbolados por la defensa del tercero civilmente responsable, quien sostiene que el “contrato de locación de servicios” (...) no es válido desde el punto de vista legal ni estatutario, con lo cual este colegiado está de acuerdo, pero reitera que ello no se ventila en esta causa, pues aquí la imputación en su contra es que un dependiente suyo causó un perjuicio al agraviado (el Estado) en ejercicio de dicha relación de dependencia.

93.1. Es pertinente acotar al respecto que a criterio de este colegiado, no es atendible el argumento de que si alguien que tenía en la realidad una relación de dependencia funcional con la empresa, causa un daño, esta no es responsable porque no se cumplió una formalidad exigida por ley en los actos que realizó o en los acuerdos que concertó, porque ello configuraría un abuso de derecho, más aún si reconocemos que el Derecho penal actúa como una forma extrema de control social cuando otras formas de control han fracasado.”

94. (...) si bien probablemente sea imposible encontrar un registro en el Libro Mayor de la empresa que señale el origen de dinero proveniente del Estado entregado para poner a disposición del gobierno la línea editorial del canal, esto según lo aseveró el propio José Enrique Crousillat López Torres, al ser preguntado respecto a ¿si parte del dinero entregados por Vladimiro Montesinos Torres ingresó a las cuentas de Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. Canal 4? Indicó: **“tengo entendido que sí, no me**

consta pero tengo entendido que sí", precisando posteriormente que esto se lo mencionó su hijo José Francisco Crousillat Carreño."

94.6. (...) "la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima- Canal 4, presentaba grandes deudas y poco dinero para afrontarlas, lo que abona hace razonable y hasta entendible que su accionista mayoritario haya visto con muy buenos ojos el ofrecimiento realizado por Vladimiro Montesinos Torres para **entregarle dinero de procedencia estatal, a cambio de que se alínee con el gobierno**, con el gobierno, con lo cual podría mejorar su situación financiera al interior de la empresa, habiendo expresado en un momento del interrogatorio el acusado José Enrique Crousillat López Torres, ante la pregunta de la defensa del tercero civilmente responsable: "¿Cómo presidente del directorio entre el año 1998 y 2000, cuál era la situación financiera de la Compañía Peruana de Radiodifusión, era buena o se iba deteriorando?" DIJO: Que, se iba deteriorando a partir de la recesión que hubo en el país," lo que se condice con el contenido de la pericia de parte ofrecida por la empresa Canal 4."

94.9. De otro lado, que el dinero haya, o no, ingresado al canal es relevante relativamente, pues la discusión principal se centra en determinar si los dependientes José Enrique Crousillat López Torres y José Francisco Crousillat Carreño, quienes actuaban en representación del Canal 4, al realizar el acuerdo ilícito con Vladimiro Montesinos Torres causaron un daño, por lo que verificado ello, la imputación de responsabilidad civil se produce en función a un factor de atribución objetivo.

97. (...) "**la relación de subordinación**, es manifiestamente claro que José Enrique Crousillat López Torres durante el desarrollo del delito imputado, esto es peculado por apropiación, **ha actuado en función a una relación de subordinación entre él y la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, dado que era accionista principal, dueño del 99% del accionariado, además de ejercer el cargo de**

director general de dicho medio de comunicación, resultando por demás innegable que cuando negoció interpósita persona, con Vladimiro Montesinos Torres, es decir mediante el concurso de su coincepado e hijo José Francisco Crousillat Carreño, también accionista y director de dicha casa televisiva, los términos del acuerdo ilícito pactado en el año 1998, lo hizo no como un ciudadano cualquiera o como una persona natural, **sino en su calidad de dueño de dicho medio de comunicación, siendo ello el motivo por el cual se produjo el acercamiento entre ambas partes, y en todo momento fue esta calidad la que determinó no solo la consecución del concierto de voluntades, sino también su ejecución.**”

98. Es más, cabe afirmar que todos los elementos probatorios apuntan a verificar que cuando Vladimiro Montesinos Torres busca relacionarse con José Enrique Crousillat López Torres y con José Francisco Crousillat Carreño, es el entendido, materialmente cierto, **de que cualquiera de ellos procedía en nombre y representación del Canal 4 dado que lo pretendido por Montesinos Torres era lograr asegurar por esta vía el control de la línea editorial de dicho medio de comunicación para sus propios fines de grupo, lo que resulta mucho más claro si consideramos que tales compromisos se ejecutaron en la realidad,** conforme es de conocimiento público, lo que prueba que el proceder de dichos acusados se desenvolvió en interés y representación de la empresa Canal 4.

99. En cuanto al segundo elemento, es decir que **el subordinado cause daños**, se tiene que también tal elemento concurre, pues José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, con su complicidad en el delito contra la administración pública-peculado por apropiación, cometidos por Vladimiro Montesinos Torres y con la autoría por parte de José Francisco Crousillat Carreño en el delito de asociación ilícita para delinquir, **se han causado serios y graves daños al Estado, pues fue tales personas, que actuaban en nombre y representación**

real de la empresa Canal 4, para las que Montesinos Torres se apropió de caudales públicos, habiéndole pagado astronómicas sumas de dinero estatal en virtud de un contrato ilícito, a efectos de tener el control de la línea editorial del canal 4, causando con ello un grave perjuicio al Estado (...)

100. Finalmente, el elemento de la relación de causalidad, se encuentra suficientemente acreditada, (...), pues el dinero que el Estado perdió, fue a parar a manos de José Enrique Crousillat López Torres y de José Francisco Crousillat Carreño, reiteramos no por ser ciudadanos cualquiera, sino en tanto representantes reales del Canal 4, quedando así establecida la concurrencia de todos los elementos de esta responsabilidad.

Sobre las consecuencias accesorias

*102.1. Ahora, se aprecia en el presente caso que el acusado **José Enrique Crousillat López Torres** durante la realización de sus actos delictivos, ahora determinados, procedió en un caso a instrumentalizar a la empresa Canal 4, para cometer, para favorecer el delito de peculado en grado de complicidad en agravio del Estado, lo cual amerita la imposición de alguna de las medidas contempladas en el artículo 105º del Código Penal.*

*102.2. De otro lado, se aprecia igualmente que José Enrique Crousillat López Torres **constituyó la empresa “La Planicie Properties Sociedad Anónima”, la que instrumentalizó para ocultar dinero de origen estatal que recibió de manera ilícita**, por lo que en su caso corresponde también imponerle alguna medidas contempladas en el artículo 105 del Código Penal, **más aún si ha quedado evidenciado que no tenía otro propósito que facilitar la apropiación de caudales estatales** por parte de José Enrique Crousillat López Torres.*

*102.3. (...) el hecho punible, ha sido cometido en el ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica **o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, debiendo resaltar que en el caso del***

Canal 4, esta ha intervenido en el presente proceso penal y ha ejercitado su defensa sin restricción alguna, en cuanto a la empresa La Planicie Properties, cabe resaltar que si bien directamente ni ha intervenido en el presente proceso penal, habiendo manifestado el propio acusado José Enrique Crousillat López Torres que es el propietario de dicha persona jurídica, por lo cual también correspondería se le apliquen las consecuencias accesorias reguladas en la ley.”

SEGUNDO.- Por **MAYORÍA**, dispusieron que la empresa Canal 4, sea declarada como tercero civilmente responsable respecto a los acusados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, por lo cual resulta siendo solidariamente responsable por la reparación civil, hasta pro el monto fijado para cada procesado.

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 105º del Código Penal, se aplique a la empresa Canal 4 la medida de prohibición contemplada en el inciso 4 de dicha norma: “Prohibición a la sociedad, (...) de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito”, la misma que tendrá carácter permanente, **es decir queda permanentemente prohibida de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales. (...)**”

La sentencia de primera instancia a Crousillat padre revela mayores argumentos para responsabilizar a la persona jurídica Canal 4, aunque ciertamente los mismos no están orgánicamente organizados. Al respecto debemos indicar que no ha sido acertado vincular asunto de beneficio obtenido, puesto que lo importante en el caso de las consecuencias accesorias, es la instrumentalización de la persona jurídica para los fines del delito. Sin embargo, este argumento al ser recogido consideramos es suficiente para responsabilizar a la persona jurídica, vía una responsabilidad civil objetiva, que cumplido el supuesto de utilizar a la persona jurídica para delinquir, esta se convierte en tercero civilmente responsable y pasible a las consecuencias accesorias previstas en el Código

Penal. La teoría de responsabilidad civil del principal por los actos cometidos por el subordinado, es difícil de admitir, cuando a todas luces se revela que la persona jurídica no instruía a los Crousillat para delinquir sino que estos en todo caso actuaban como órgano administrativo máximo (Director) y eran a la vez quienes hacían realidad la voluntad de la persona jurídica al detentar el 99% del accionariado. Concordamos que en todo caso la responsabilidad civil de la persona jurídica se justificaría por el rol de garante que tiene la misma respecto a las personas que desempeñan cargos directivos o de accionistas mayoritarios, pues fue esta circunstancia la que posibilitó que Vladimiro Montesinos se acercara a los dueños del Canal 4, a fin de “contratar sus servicios” con fines ya conocidos. En ese sentido, fue la ocasión de desempeñar cargos de control sobre la persona jurídica lo que les dio la oportunidad de perpetrar los delitos que se les imputan, y este es la razón por la que el ente colectivo debe asumir la responsabilidad civil correspondiente de conformidad con el artículo 1981º del Código Civil según el cual “aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por este último, **si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.**” Resumiendo, los Crousillat en el momento de perpetrar sus delitos lo hicieron en su calidad de órganos de una persona jurídica que ellos ofrecieron instrumentalizar para cumplir con los pactos ilícitos que convinieron, estos en ejercicio del cargo que ostentaban, que nadie duda que su proceder fue abiertamente irregular, de acuerdo, no mella el hecho de que la norma no hace distinciones entre ejercicio regular o irregular, por lo que ambos supuestos estarían incluidos. No obstante, lo coherente de este argumento, pensamos que en el caso de delitos cometidos por medio de una persona jurídica existe una responsabilidad civil objetiva derivada de la instrumentalización de la misma, que independientemente de la responsabilidad civil de sus funcionarios, esta debe asumir de manera directa.

El desenlace del caso fue otro, pues la Sentencia de la Corte Suprema absuelve al Canal 4 del pago de la reparación civil, R.N. N° 3766-2006, conforme se detalla a continuación:

“Cinco.- Que, en cuanto a la responsabilidad penal del procesado José Enrique Crousillat López Torres, se advierte de autos que se ha probado que en ese entonces dueño del 99% del accionariado del Canal 4, y su hijo José Francisco Crousillat Carreño (Director), llegaron a concertar con el ex asesor presidencial y ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos Torres, acuerdos en rigor de contenido ilícito, por medio de los cuales “el canal 4”, se puso a disposición de los intereses y objetivos del régimen de Alberto Fujimori Fujimori, a cambio de la entrega en forma periódica de cuantiosas sumas dinero.” (...)

“En virtud de dichos pagos que el régimen de Fujimori tuvo el manejo y control de la línea editorial y periodística del Canal 4, medio de comunicación masivo que fue utilizado por dicho régimen para acatar, denigrar y vilipendiar a periodistas, políticos y personalidades independientes, por el solo hecho de ser opositores a dicho régimen; ahora bien, debemos anotar que el rol que ejerció Montesinos Torres en estos acuerdos ilícitos, no fue a título personal, sino que actuó en representación del régimen de Alberto Fujimori (...)”

“que el “contratante” (esto es, Vladimiro Montesinos Torres) podrá ejercer durante la vigencia del contrato de locación de servicios, del derecho a veto sobre la participación de cualquier comentarista o periodista del Canal, a tal punto que se comprometía a revisar diariamente con el “contratante” el contenido de todos los titulares y todos los programas noticiosos, antes que sean propalados a nivel nacional (...)”

“Ahora, si bien en ese video no aparece el procesado Crousillat López Torres, no es menos cierto que, del contenido de la conservación sostenida por Crousillat Carreño y Montesinos Torres, se desprende que su padre tenía cabal conocimiento de dichos acuerdos, ya que no debemos soslayar que cualquier acuerdo y decisión importante sobre el manejo del referido canal de televisión, obviamente, tenía que hacerse con quien tenía el poder real en dicha empresa, esto es, con el propietario o socio mayoritario, quien no era otro que José

Enrique Crousillat López Torres, dueño del 99% del accionariado del Canal 4, y presidente del directorio del Canal; en tal sentido tenemos claro que los acuerdos como la entrega de la línea editorial y periodística de dicho medio de comunicación masiva al régimen de Fujimori a cambio de recibir millonarias sumas de dinero, no pudieron hacerse y mucho menos viabilizarse, sin la autorización, conocimiento y participación de sus propietario que obviamente estuvo al tanto de los acuerdos ilegales, asimismo sustenta la responsabilidad penal de los procesados, (...)”

“(...) nosotros consideramos que no existe en autos, ninguna evidencia, para atribuirle responsabilidad directa a la empresa Canal 4, habida cuenta que (...): a) no existió relación de subordinación entre los procesados José Francisco Crousillat Carreño y José Francisco Crousillat López respecto del Canal 4; en efecto, en el desarrollo del proceso ha quedado establecido que José Enrique Crousillat López Torres era miembro del directorio y presidente ejecutivo del Canal 4, y estando a que **el directorio no es un órgano que se encuentra en condición de subordinación –tampoco sus miembros-, por el contrario, es un órgano que cuenta con amplias facultades decisorias al interior de la sociedad, cuyo ejercicio implica una alta dosis de independencia, autonomía y autorregulación. Los procesados eran accionistas controladores del Canal 4 –titulares del 99% de acciones- por ende tenían de facto el control absoluto de la sociedad, por lo que su actuación nos conduce a afirmar que lejos de encontrarse en una relación de subordinación respecto al Canal 4, se encontraban en una posición de control que grafica claramente el poder de decisión que ellos tenían en la sociedad, manifestación clara de la inexistencia de subordinación, puesto que además ha quedado acreditado que ambos procesados, no actuaron ni a pedido, ni por cuenta, ni interés de la empresa televisora, **sino a título meramente particular y según su propio arbitrio, buscando un beneficio exclusivamente personal y aprovechando su situación de control del Canal 4,** esto es más claro aún si tenemos en cuenta que la**

citada empresa no se vio beneficiada con el dinero que Vladimiro Montesinos Torres entregó a los procesados Crousillat a cambio del sometimiento de la línea del canal al gobierno de turno, lo que existió fue una instrumentalización del canal por parte de los procesados.”

“b) los daños ocasionados por los procesados no se generaron en ejercicio de sus cargos ni en cumplimiento de un servicio; en efecto, los procesados como miembros del directorio del canal, no tenían facultades para actuar individualmente en representación de la sociedad ni para obligarla, esto debido a que los directores conforme a su estatuto si bien contaban con la facultad de celebrar toda clase de contratos requiriendo para ello firma conjunta de dos directores, no puede interpretarse que esta facultad abarca la posibilidad de celebrar –incluso aquellos que perjudiquen de manera directa a la sociedad y que impliquen su instrumentalización-, por el contrario **debe entenderse que esta facultad se refiere a actuaciones realizadas dentro de las funciones propias del directorio, relacionadas con la administración, gestión y consecución de los fines de la empresa, vinculadas en términos generales a la obtención de beneficios para ella, por lo tanto, aun cuando en el presente caso actuaron dos miembros del directorio del Canal 4, dicha actuación no se realizó en ejercicio de sus funciones como tales o en cumplimiento de algún servicio en su condición de directores del citado canal.** Por el contrario, tal actuación no es parte de las funciones propias de los miembros del directorio, siendo que los procesados **habrían actuado como extraños a las funciones que como directores del canal les correspondían**, hecho que acarrearía de ser el caso, responsabilidad civil y penal de forma individual conforme lo establecen los artículos 12º y 13º de la Ley General de Sociedades; c) **no existe relación de causalidad entre el ejercicio de las funciones de los procesados y el daño ocasionado**; habiéndose demostrado que en el presente caso la actuación de los procesados Crousillat **no se llevó a cabo en el marco de la relación de subordinación respecto a la**

empresa televisora involucrada y que dicha actuación tampoco se dio en ejercicio de sus funciones propias del cargo de director ni en cumplimiento de ningún encargo, es imposible afirmar la existencia de una relación de causalidad entre la actuación de los procesados como dependientes del Canal 4 y el daño ocasionado al Estado, pues tal dependencia no existió en los hechos, por lo tanto no se configura el factor de atribución establecido por el artículo 1981 del Código Civil. Que por otro lado es de tener en cuenta que en el año 2001 el Canal 4 fue sometida a un procedimiento de reestructuración patrimonial debido a la mala situación económica que atravesaba la sociedad como consecuencia de las actuaciones realizadas por la administración a cargo de los procesados. A raíz del inicio de dicho procedimiento concursal, los acreedores de dicha compañía asumieron la conducción de la sociedad cambiando la administración (...)"

"ABSOLVIERON a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima- Canal 4 de la pretensión resarcitoria dirigida en su contra, para que concorra solidariamente con los sentenciados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, para el pago de reparación civil fijada a favor del Estado;"

La Corte Suprema de la República, muy probablemente más por presiones mediáticas y políticas que por ignorancia o desconocimiento, terminó por absolver del pago de la reparación civil a la persona jurídica del daño que los funcionarios de la misma ocasionaron al Estado y a la sociedad en general, mediante su instrumentalización, en un típico caso de responsabilidad civil con ocasión de sus funciones, en los cuales es indiferente se haya actuado dentro o fuera de las atribuciones concedidas, y lo que verdaderamente importaba, era determinar si el estatus de funcionario o miembro de la persona jurídica facilitó la perpetración del daño. En este caso, resulta ridículo de parte de la Corte Suprema el análisis de la subordinación o dependencia, pues estaba claro que los procesados eran órganos de la persona jurídica y no subalternos o empleados, sino aquellas

personas físicas destinadas a expresar la voluntad de la persona jurídica y también las que la controlaban fácticamente en la realidad. Solo quedaba entonces analizar si en ocasión de realizar o ejercer sus funciones como miembros del directorio o accionista mayoritario se produjo un daño, no importando si el ejercicio de dichas atribuciones era regular o irregular de acuerdo a la doctrina dominante tanto nacional como extranjera. Sin embargo, la Corte Suprema, en una especie de autoengaño o preciosismo formal, y sin atender la realidad de lo ocurrido, apela a la formalidad de que los funcionarios y miembros de una persona jurídica no están autorizados a realizar actos ilegales, en consecuencia si lo hacían, no responden por los mismos el ente colectivo. Esta es una extraña interpretación, aplicada casi ad honorem al caso del Canal 4, que si se fuera aplicado a los casos de mafias de narcotraficantes con imperios empresariales sus empresas seguirían funcionando bajo el argumento que el estatuto social no permitía los actos ilegales realizados por sus directivos y socios. Este monumental desliz de la Corte Suprema, pensamos no repercutirá en futuros casos de responsabilidad civil de la persona jurídica derivada de procesos penales, pues el contexto socio político que involucraba el caso en concreto, seguramente ayudo para resolver tan imaginativa y fantasiosamente este particular caso, que en otras circunstancias, nos parece obvio, se habría confirmado la responsabilidad civil solidaria de la persona jurídica implicada, más allá de los argumentos jurídicos que se esgriman para dicho propósito.⁸³

Finalmente, Espinoza Espinoza señala sobre el caso lo siguiente: “se trata de una responsabilidad civil con ocasión de sus funciones. Los Crousillat (directores y representantes del 100% de la persona jurídica) celebran este contrato ilícito de venta de la línea editorial de Canal 4”.⁸⁴ Y agrega “el hecho de que el Canal 4 se haya enriquecido o no es un elemento que configuraría este supuesto de responsabilidad civil: simplemente incidiría en el quantum indemnizatorio.”⁸⁵ Y remata “Si bien se trata de un hecho “extraño a la función”, este no se hubiera

⁸³En contra de esta opinión: García Caveró, Percy. La persona jurídica en el proceso penal. Grijley. Lima- Perú. 2008. p.115 y ss.

producido si los Crousillat no se encontraban en la particular posición de ser directores con capacidad de decisión correspondiente al 100% de las acciones.⁸⁶

2.3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL LIMITADA DE LOS MIEMBROS DE LA PERSONA JURIDICA

La noción de responsabilidad individual ha tenido un largo proceso evolutivo que sintéticamente podemos resumir en tres etapas: primero; fue la responsabilidad corporal como consecuencia del incumplimiento de obligaciones; ésta con el devenir del tiempo es relegada por la responsabilidad patrimonial que se extendía sobre la totalidad de los bienes del deudor, hasta finalmente llegar a la responsabilidad patrimonial limitada en el ámbito de las personas jurídicas. Esta evolución en la responsabilidad patrimonial se tradujo en el derecho civil en el nacimiento de instituciones emanadas fundamentalmente de dos vertientes: a) por exclusión de ciertos bienes de la ejecución forzada como los bienes inembargables y beneficio de competencia; b) Especificación de los bienes que serán objeto de la acción de los acreedores como el beneficio de inventario, beneficio de separación y responsabilidad del donatario respecto de los acreedores del donante. Es el derecho mercantil el más interesado en limitar la responsabilidad patrimonial de los empresarios en la medida que su actividad lleva aparejada una serie de riesgos de tal magnitud, que pueden terminar incluso, desapareciendo la totalidad del patrimonio de los sujetos que la impulsan. No es por ello, extraño que los empresarios busquen incesantemente limitar su responsabilidad o atenuar al menos los riesgos derivados del tráfico comercial⁸⁷.

⁸⁴Espinoza Espinoza, Juan. Dos recientes casos de responsabilidad civil con ocasión de las funciones en los juzgados peruanos... y dos oportunidades perdidas para un desarrollo jurisprudencial. En *Dialogo con la Jurisprudencia*. N° 125. Año 14. Lima-Perú. 2009. p.110

⁸⁵Espinoza Espinoza, Juan. *Ibidem*. p.111

⁸⁶Espinoza Espinoza, Juan. *Ibidem*. p.112

⁸⁷AGUILUZ, La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, pp. 3-17

2.3.1. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN EL DERECHO SOCIETARIO⁸⁸

La responsabilidad limitada en las personas jurídicas se puede definir como la incomunicación entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio del socio. El antecedente más remoto, de la responsabilidad limitada de los comerciantes, la hallamos en el antiguo derecho marítimo, que hace una separación entre la fortuna de mar y de tierra, ello debido al alto riesgo de esta actividad, es así que se crean figuras que limitan la responsabilidad del naviero tales como la Colonia, el contrato de comanda o conmeda, entre otros.⁸⁹ Siendo el derecho societario donde más firmemente se arraiga la responsabilidad limitada, como se puede constatar al revisar la estructura de las sociedades más utilizadas por los comerciantes, como son: la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad en comandita por acciones entre otras. En ese sentido, la responsabilidad limitada de los socios es hija de la necesidad de reunir grandes capitales y limitar el riesgo de los inversionistas. En ese aspecto la subjetividad jurídica de las sociedades, juega un rol estelar con estos intereses, pues permitió la separación de patrimonios, y la consolidación del beneficio de excusión, a favor del empresario, cuyos bienes personales sólo serían alcanzados previa ejecución del haber social para los casos de sociedades comerciales sin responsabilidad limitada de sus socios. Es prudente anotar que la personalidad jurídica a solas de un ente colectivo, no significó limitación de la responsabilidad patrimonial del socio, pues la comunicabilidad entre patrimonio de la persona jurídica y el socio siempre estuvo latente en los inicios de los entes colectivos.⁹⁰

Cronológicamente, la primera persona jurídica que permite la limitación de la responsabilidad es la sociedad en comandita, que aparece a fines de la edad moderna, que permite limitar los riesgos de la empresa para algunos de sus asociados (los inversionistas), respondiendo sólo con el monto de lo que aportaron

⁸⁸ Cfr. Art. 51, (Sociedad Anónima). (Socios comanditarios salvo el caso en que asuma la administración), Art. 283 (Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada) y Art. 295 (Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada) de la Ley General de Sociedades.

⁸⁹ ASCARELLI, Panorama de Derecho Comercial, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, pp.88

⁹⁰ Cfr, RUBIO, Jesús. Curso de Derecho de Sociedades Anónimas, pp.131-135

en dinero o en bienes. Más tarde se abre paso, la sociedad anónima cuyo origen se afirma se halla en las empresas ultramarinas, los montes o los bancos italianos. Más adelante, ingresen a escena las sociedades de responsabilidad limitada, que dan la posibilidad de que la gestión estuviese a cargo de los propios socios, como se observa en la primera norma que reguló su existencia, expedida en Alemania en 1892.⁹¹ La cumbre de esta evolución jurídica llegaría con el advenimiento de la empresa individual de responsabilidad limitada como anota de la Cámara.⁹² Es así, como se produce la fusión del concepto de la sociedad-persona jurídica con el de la responsabilidad patrimonial limitada, y cuyas consecuencias se observan en la autonomía formal de la persona jurídica: a) En el ámbito de la autonomía formal interna, significará que el integrante (socio o accionista) deberá aportar necesariamente bienes para la formación de un patrimonio social, obligándose a responder frente a la sociedad por su aporte. De esta manera el ente colectivo, tiene un crédito frente al socio; b) En el ámbito de la autonomía formal externa, significará que el socio no soportará las deudas sociales sino hasta el límite de la aportación prometida o efectivamente aportada, para la formación del patrimonio de la sociedad. Los socios, no pueden ser obligados a realizar nuevas aportaciones más que las estatutariamente fijadas.

Así nacen las denominadas sociedades de capitales, donde no interesa las cualidades personales del socio sino la efectiva aportación patrimonial que realice. Al socio se le valora por lo que aportó en la sociedad y no por lo que es personalmente.⁹³ La sociedad que es mayor énfasis pone en el elemento capital es la sociedad anónima, cuya estructura se forja justamente en la conjunción del concepto de la persona jurídica, con la responsabilidad limitada y la despersonalización absoluta de sus miembros, a través de la libre negociabilidad de las acciones⁹⁴.

Toda sociedad-persona jurídica, tiene potencialmente la potestad de tener un patrimonio, sin embargo la inserción de la responsabilidad limitada a su estructura,

⁹¹ STRATTA, Empresa Individual, pp.20-25

⁹² DE LA CAMARA ALVAREZ. Sociedades Comerciales. Revista de Derecho Notarial. LXXXI-LXXXII. Junta De Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid. 1973. p.80.

⁹³ GARRIGUE, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Editorial Parrua, México, 1979, pp. 417

⁹⁴ Cfr. GUYENOT, J. Curso de Derecho Comercial, T. I . 1975. p. 507

hizo que este elemento no constitutivo de la persona jurídica, adquiriera una condición sine qua non en las sociedades de capitales. De ahí, en adelante los ordenamientos jurídicos se preocuparían por garantizar el activo patrimonial inicial de las sociedades de responsabilidad limitada, e incluso a lo largo de la vida de ésta, de fiscalizar la correspondencia entre capital nominal y real. Ello debido a que éste representaba la garantía de los acreedores sociales, y el fundamento mismo de la responsabilidad limitada. La doctrina ha esgrimido hasta cinco razones que justifican la existencia de la responsabilidad limitada del socio:

a.) La disociación entre propiedad y control directo de la gestión social o del binomio poder- riesgo.⁹⁵ La correlación entre poder y riesgo es concebida como elemento que garantiza el equilibrio de todo sistema de producción, ya que el riesgo, actúa como contrapeso del poder, y por lo mismo, como garantía de su sano ejercicio, pues el temor de perder la riqueza invertida, inducirá a una sagaz y prudente dirección de la empresa.⁹⁶ Es así que la justificación de la responsabilidad limitada del socio se haya en que éste no tiene más que el control mediato de la sociedad, recayendo la gestión diaria en los administradores, quienes en la práctica son los que tienen el poder efectivo y el control de la sociedad frente a terceros. La escasa influencia que ejerce el socio en la funcionalidad cotidiana del ente colectivo, justifica el privilegio de la responsabilidad limitada, quebrándose la misma sólo en caso de haberse aprobado un acuerdo societario que perjudique ilegítimamente a los socios minoritarios, a la propia sociedad o a terceros.⁹⁷

b.) La capitalización suficiente, en función del objeto social de la sociedad, que servirá de garantía a los acreedores. La dotación adecuada de capital social, y su preservación, para la viabilidad de la sociedad es el fundamento de la responsabilidad limitada de los socios. Así entonces si los socios no dotan de

⁹⁵ POSNER, Richard A. .El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económico. México. 1998. p.386.

⁹⁶ GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. Vol. I. Temis, Santa Fe de Bogota. 1999. p.135

⁹⁷ Cfr, De la Camara Alvarez, Manuel. Ob. Cit. p.30.

capital suficiente a la sociedad, abusan de esta institución, y el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutaban queda sin fundamento.⁹⁸

c.) La afectación de los bienes al objeto social; el especial vínculo de afectación a un fin específico de los bienes sociales, sólo permite que se utilicen para la explotación de la actividad empresarial, excluyendo cualquier otra utilización reñida con el interés social. Es en razón a ello, que cuando un miembro de la persona jurídica utiliza o dispone de los bienes sociales para intereses personales, afectando la garantía de los acreedores sociales, se quiebra la responsabilidad limitada.⁹⁹

d.).Estimulo para realizar la actividad empresarial.-La industria y el comercio, son actividades de gran riesgo y ese riesgo sólo se asume en determinadas condiciones: la responsabilidad limitada es uno de los más importantes estímulos para asumir estos riesgos, pues limita las posibles pérdidas producidas por su ejercicio.¹⁰⁰ Así el inversionista asume el riesgo de su inversión y los tecnócratas asumen el riesgo de las decisiones que adopten. La responsabilidad limitada de la sociedad ayuda a reducir los costos de la separación y especialización pues: ¹⁰¹
a) reduce el costo por los riesgos en los actos de administración, que se limitaran al monto de la inversión; b.) reduce el costo de monitoreo a otros accionistas, para la conservación de su patrimonio, c) consagra la libre negociabilidad de las acciones, y da una mayor flexibilidad al mercado de capitales; d) hace que el precio de las acciones en el mercado, nos brinden información sobre el valor real de las empresas; e) permite una más eficiente diversificación de riesgos de los inversionistas, f) facilita decisiones de inversión.

⁹⁸Cfr. BOLDO RODA, Carmen. El Levantamiento del Velo y la Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles. Tecnos. Madrid.1993. p.20

⁹⁹ RICHARD, Hugo. Ob. Cit. p.152/3.

¹⁰⁰ Cfr. DOBSON, Juan M. El Abuso de la personalidad jurídica. Depalma, Bs. As. 1985. p.2

¹⁰¹ Cfr. Bullard Gonzales, Alfredo. ¿Cómo Vestir un Santo Sin Desvestir a Otro?. La Responsabilidad Limitada de las Sociedades y los Accidentes". Themis N° 33. Lima- Perú. 1996

2.4. LAS PERSONAS JURIDICAS VINCULADAS O GRUPOS DE PERSONAS JURÍDICAS

En el siglo XXI se ha evidenciado más que en ningún otro siglo los vínculos corporativos entre personas jurídicas tanto en el ámbito económico como ámbitos sin fines de lucro, así tenemos que la globalización ha traído consigo no solo la supremacía de las empresas trasnacionales sino de las organizaciones no gubernamentales constituyendo sedes o sucursales alrededor del mundo tales como Greenpeace,¹⁰² Oxfam América o World Wildlife Fund. La lucha por los mercados ha conglomerado a poderosas corporaciones así como organizaciones con fines altruistas de interés planetario dando lugar a grupos de personas jurídicas sin fines de lucro, tal es el caso en el Perú, de las federaciones y confederaciones de comunidades indígenas tales como la Organización Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Norte del Perú – ORPIAN, Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas – CORPI, Organización Regional de AIDSESP, Organización Regional de AIDSESP – ORAU, Asociación Regional de los Pueblos Indígenas – ARPI-AIDSESP/SC, Federación Nativa de Madre de Dios y Afluentes – FENAMAD, Consejo Machiguenga del Río Urubamba – COMARU, son personas jurídicas que se conforman sobre las bases de las comunidades indígenas de San Martín, Amazonas, Loreto, Ucayali, Madre de Dios y Cuzco respectivamente.



Fuente: AIDSESP (2007)

¹⁰² ORGANIZACIÓN ECOLOGISTA Y PACIFISTA INTERNACIONAL.

También tenemos al Grupo de Asociaciones de Consumidores del Mercosur Grupo ACOM integrado por ADELCO (Argentina), CEADU (Uruguay) y ALTER VIDA (Paraguay) para luchar por la causa de los consumidores en forma integrada. En otras palabras, la afectación a los derechos fundamentales de estas personas jurídicas implicara la afectación a los derechos fundamentales de las personas jurídicas (comunidades que las conforman) y en última instancia de los indígenas que les dan vida. Estas organizaciones sociales tienden a defender sus derechos de manera colectiva tal es el caso de su reclamos colectivos contra la contaminación ambiental, o en defensa de la consulta previa o su territorio ancestral como lo hemos visto recientemente en los dos levantamientos amazónicos de los últimos dos años por la derogatorias de decretos legislativos inconsultos. También, tenemos las asociaciones religiosas y partidos políticos que en ocasiones se estructuran sobre la base de otras personas jurídicas (gremios u organizaciones de base), y como olvidar a las centrales sindicales y las federaciones de trabajadores y obreros, que se conforman sobre la base de sindicatos. En cualquiera de estos casos al afectarse la libertad de culto, la libertad de ideas y pensamiento, el derecho al trabajo, etc se afecta a la colectividad de personas y al individuo. Las personas naturales para alcanzar fines colectivos y ejercer muchos de sus derechos conducen el vehículo de la persona jurídica, y a veces esta a su vez se trepa en otra superestructura (grupo de personas jurídicas) para llegar más lejos. Se debe reconocer que los capitales no sólo circulan entre las empresas sino ahora también entre organizaciones sin fines de lucro puesto que sus ideales son trasnacionales, pensemos en el caso de las congregaciones religiosas, las organizaciones que promueven la libertad de prensa, la democracia, derechos humanos, derechos ambientales o indígenas por poner sólo algunos ejemplos.

Los grupos de personas jurídicas en el ámbito empresarial tenemos el ejemplo de grupos estatales como Grupo Distriluz que se autoidentifica como *“un grupo de empresas que genera y distribuye energía eléctrica con presencia en 12 de 24 departamentos del Perú, estamos ubicados geográficamente en: Piura*

(Electronoroeste S.A.), Chiclayo (Electronorte S.A), Trujillo (Hidrandina S.A.) y Huancayo (Electrocentro S.A.)¹⁰³ y cuyas empresas cuenta con una administración común esto es: los mismos directores, gerentes y accionistas mayoritarios así como la misma sede corporativa y una única Gerencia de Administración y Finanzas, dando lugar en la práctica a la existencia de personal de la sede corporativa a cargo de labores de la administración común y personal que labora en cada empresa pero que puede ser trasladado a otra según las necesidades del grupo empresarial, en este caso también resulta evidente que al beneficiarse de las labores de estos trabajadores y funcionar el Grupo Distriluz como empleador de los mismos, deben responder solidariamente por las obligaciones laborales los miembros de este grupo.

Una característica innata a los Grupos es que hacen pública su tipo de organización corporativa, veamos algunos ejemplos: el Grupo IDAT integrado por el Instituto IDAT y la Universidad Tecnológica del Perú (UTP) se definen como *“una organización educativa integrada bajo el nombre del Grupo IDAT, la primera organización tecnológica de educación superior, que tienen el mismo origen y están comprometidas en una misión y destino común: formar profesionales emprendedores y competitivos que asuman el compromiso de aportar al desarrollo del Perú (...).”*¹⁰⁴ Por otra parte, el Grupo El Comercio se define como un “grupo de empresas que toma su nombre del producto de bandera, el diario El Comercio, es en realidad un conjunto de unidades de negocio que operan con mucha sinergia, aprovechando sus escalas de operación y generando eficiencia,” y tiene entre sus marcas cuenta con los diarios *“El Comercio, Trome, Perú.21 y Gestión, así como las revistas Somos, Ruedas y Tuercas y PC World, sin embargo en adición a estas actividades, existen operaciones conexas que se suman a nuestra oferta de productos y servicios, como Optativos, la unidad de negocio encargada poner a disposición de los lectores los mejores productos editoriales y educativos del mercado, y Amauta, nuestra unidad de servicios de impresión comercial.”*¹⁰⁵

¹⁰³ Ver página web: www.distriluz.com.pe/

¹⁰⁴ Ver página web: www.grupoelcomercio.com.pe

¹⁰⁵ Ver página web: www.idat.com.pe/ - 31k

Otros ejemplos notorios y cuya publicidad los identifica como Grupo son: El Grupo Backus & Johnston, Grupo Telefónica, Grupo Aje, Grupo Romero, Grupo CESCO, Grupo BBVA que cuenta entre sus subsidiarias al Holding Continental S.A. es una empresa que se constituye en abril de 1995. Tiene como subsidiarias al Grupo Continental y AFP Horizonte, Grupo Interbank y la lista de Grupos empresariales en todos los sectores económicos en el Perú, es basta. Pero no se crea que los grupos de empresas solo se dan entre empresas de gran envergadura también se constatan entre empresas medianas y pequeñas como es el caso del Grupo Topy Top cuyos problemas laborales han sido noticia los últimos años.

En los grupos de personas jurídicas el interés de cada miembro se subordina al interés que persigue la dirección unitaria del grupo, por lo cual es necesario tener en consideración diversos mecanismos de protección a favor de los intereses que confluyen en este instituto como los de la persona jurídica controlante, la persona jurídica controlada, el de las otras sociedades controladas, el de los socios minoritarios, trabajadores y acreedores.¹⁰⁶ Este es el caso DOE RUN que remitía utilidades a su matriz Doe Run Resources sin haber cumplido sus compromisos socio ambientales (PAMA) que viene incumpliendo por cuarta vez, y habiendo tenido varias prorrogas, la última de tres años. El resultado de ello es que la empresa está a punto de ser declarada en insolvencia, con deudas a mineras que ascienden aproximadamente US\$110 millones de dólares. En ese contexto, sus acreedores exigen que la matriz, disponga de US\$100 millones que garantice el financiamiento y cumplimiento del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) cosa que esta se ha negado. Los acreedores de la empresa metalúrgica (las mineras Buenaventura y Volcán) tienen la esperanza que la empresa capitalizado la deuda de 156 millones de dólares que tiene con su matriz en Estados Unidos, tal como se comprometió para acceder a un plan de salvataje promovida por el gobierno. La población afectada por plomo de la metalúrgica, la

¹⁰⁶ Cfr. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Intereses afectados por la formación de grupos de empresas y sus mecanismos de protección, En Gaceta Jurídica, T.60, Nov. 1998,p. 23-B.

posible paralización del principal complejo metalúrgico de la Oroya y más de 3,500 trabajadores en huelga en junio del 2009 hicieron del tema una cuestión de interés nacional.

Ello evidencia que en nuestro país la regulación de los grupos de personas jurídicas se ha realizado de manera parcial o sectorial, esta ausencia de normas han permitido que casos como DOE RUN sean cosa corriente en nuestras tierras, haciendo evidente que el grupo de personas jurídicas defiende el interés grupal y en última instancia el interés de la matriz, por sobre el interés de las personas jurídicas dominadas, perjudicándolas, sobre todo en países sin regulación específica, y siendo los acreedores, los trabajadores y la sociedad, quienes carguen con los costos. Ello sólo cambiará con el advenimiento de una regulación que fije las reglas y responsabilidades del grupo y sus miembros. De momento lo justo sería que la sociedad controlante asuma su responsabilidad en los casos en que su control causo un perjuicio a la persona jurídica controlada como en el caso de DOE RUN en el que aprovechó utilidades aún sabiendo que no se había cumplido con el PAMA ni garantizado las deudas con sus acreedores. Normas que consagren soluciones como la antes expuestas significarían un fuerte incentivo para la conducción diligente de las personas jurídicas controladas.¹⁰⁷

DOE RUN contraviene el numeral 14 de **“Las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos de la ONU”** según el cual “las empresas transnacionales y otras empresas comerciales realizarán sus actividades de conformidad con las leyes, los reglamentos, las prácticas administrativas y las políticas nacionales relativos a la conservación del medio ambiente de los países en que realicen sus actividades, así como de conformidad con los acuerdos, principios, objetivos, responsabilidades y normas internacionales pertinentes relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos, la salud pública y la seguridad, la bioética y el

¹⁰⁷ Cfr. LE PERA, Sergio. Cuestiones de Derecho Comercial Moderno, Buenos Aires- Argentina, Edit. Astrea, Reimpresión 1979. p.114.

principio de precaución y, en general, realizarán sus actividades de forma que contribuyan al logro del objetivo más amplio del desarrollo sostenible.”

Un grupo de personas jurídicas lo constituyen dos o más personas jurídicas vinculadas por una relación de dependencia o coordinación y la existencia de una dirección unificada que las rige. Esta dirección corporativa es la característica más distintiva de este fenómeno. De allí que en las relaciones de grupo existan personas jurídicas dominadas (controladas) y personas jurídicas dominantes (controlantes).¹⁰⁸ Una persona jurídica debe considerarse sometida a otra, cuando entre ambas existe una relación de subordinación permanente, que subyuga la voluntad de sus órganos e impone directrices a su gestión.¹⁰⁹ Los problemas que puede traer la subyugación de la voluntad social de una persona jurídica por otra son los siguientes:¹¹⁰ a) desplazamiento irregular de personal y materiales entre miembros del grupo económico; b) entrecruzamiento de votos y, por ende, conflicto de intereses; c) peligro de que la sociedad subordinada sea utilizada con fines extraños a su interés social.¹¹¹ Anotemos que el conglomerado de personas jurídicas es distinto al grupo de personas jurídicas, pues en el primero no existe relación de dependencia sino de colaboración, por lo que se respeta la autonomía de decisiones de cada sociedad.

2.4.1. CONCEPTO DE GRUPO DE PERSONAS JURIDICAS

Un grupo de personas jurídicas es un fenómeno que puede tener un sustento en un interés económico (concentración empresarial) o un interés social, dando lugar en el primer caso a grupos económicos conformado principalmente por sociedades comerciales y en el segundo caso a redes de personas jurídicas

¹⁰⁸Cfr. DOBSÓN, Juan M.. El Abuso de la Personalidad Jurídica. Buenos Aires- Argentina, Ediciones Depalma 1985.p. 356; Cfr, SAGARDOY, Juan A. Problemática Laboral de los Grupos de Empresa, en Revista Jurídica del Perú, Año XLVI, N° 1, Enero-Marzo 1996, p.101

¹⁰⁹Cfr, FERRO ASTRAY, José. Empresas Controladas. Abeledo-Perrot. Buenos Aires- Argentina, 1964.p.13.

¹¹⁰Cfr, ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico. Astrea. Buenos Aires- Argentina.1989.p.220

¹¹¹Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel; Los grupos de empresas en el Perú, en Gaceta Jurídica, T.82-B, Septiembre, 2000. p.34

articuladas para alcanzar un interés social conformadas por entes sin fines de lucro. Los grupos de personas jurídicas se sostienen en vinculaciones jurídicas, económicas, financieras, fiduciarios, familiares, políticas, sociales, culturales o religiosos. Esta situación permite que en los hechos existan relaciones de dominación y subordinación entre personas jurídicas, lo que contribuye a la constitución de una dirección unitaria desde adentro o la existencia de una fuerza externa que dominen la voluntad social.¹¹² Las **“normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos de la ONU”** definen a la "empresa transnacional" como una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente, esto es como un grupo de personas jurídicas que son una unidad empresarial.

Las razones que justifican la existencia de los grupos de personas jurídicas son la eficiencia de trabajar en grupo para copar un mercado¹¹³ o alcanzar una meta social de manera concertada. El agrupamiento de sociedades comerciales puede permitir alcanzar mayores márgenes de utilidades, que las que obtendrían en un mercado competitivo, y al agrupamiento de organizaciones sin fines de lucro hace posible una mayor sensibilización y compromiso social. Un conglomerado de sociedades comerciales u organizaciones sociales sin fines de lucro tiene mayor influencia política, para defender intereses afines, que individualmente consideradas. Estos intereses se cristalizarían con la formación de alianzas estratégicas entre empresas, la reorganización de sociedades, los contratos asociativos, los joint ventures, los contratos de grupo y la utilización de las

¹¹²Cfr. Ley de la Actividad Empresarial del Estado, Ley 24948; Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; El Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico, Resolución Conasev 722-97-EF/94.10; Las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, Resolución SBS N° 436-2000; Artículo 34 del Reglamento de Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, Resolución Conasev 103-99 EF/94.10; Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico, Decreto Supremo 017-98-ITINCI.

¹¹³Cfr. VILLEGAS, Carlos Gilberto. Sociedades Comerciales. T. I. Rubizal-Culzoni Editores. Santa Fe.1997.p.634.

tradicionales sucursales y agencias, lo que convirtió a empresas europeas, asiáticas y norteamericanas en poderosas empresas transnacionales. En el caso de las organizaciones sin fines de lucro, las redes, federaciones o confederaciones son espacios de control que pueden articularse no solo por intereses sociales comunes sino relaciones de financiamiento de las actividades de sus miembros así como intereses políticos que hacen nacer a grupos de poder que pueden controlar a los miembros del grupo e implantar sus políticas. La característica que distinguen a un grupo de personas jurídicas¹¹⁴ es la existencia de una relación de dominación¹¹⁵ que implica la facultad de determinar el destino de una persona jurídica. Esto implicará el poder—como concepto sociológico¹¹⁶ de una persona jurídica de controlar a otra; y un estado de sumisión, sujeción o dependencia, de otra persona jurídica (controlada). Esta relación por lo regular será duradera y estará dotada de tal intensidad que impondrá conductas corporativas, aun en contra de el interés social de la persona jurídica controlada¹¹⁷. La capacidad de mando o dirección, en la cual se sostiene esta relación de autoridad- obediencia se basa fundamentalmente en los lazos o vínculos jurídicos, económicos, financieros, familiares, fiduciarios, culturales, políticos, religiosos o sociales que se entablan entre las personas jurídicas controlantes y las personas jurídicas controladas.

Fukuyama pone en evidencia las relaciones de poder en las organizaciones sin fines de lucro sosteniendo que la ciudadanía se ejerce mejor a través de las llamadas “instituciones mediadoras”, entre las cuales se encuentran los partidos políticos, corporaciones, sindicatos, asociaciones civiles, organizaciones sociales y

¹¹⁴ Cfr. MARTORELL, Ernesto E., Los Grupos Económicos y de Sociedades. Ad Hoc. Bs As. 1991. p. 217

¹¹⁵ La dominación debe entenderse como la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato determinado. WEBER, Max. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. México. 1969.p 43.

¹¹⁶ Weber entiende que el poder es toda cualidad imaginable de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles que pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia. La dominación en cambio es más precisa y concreta, por que significa la probabilidad de que el mandato sea obedecido. WEBER, Max. Ob. Cit. p 43.

¹¹⁷ Cfr. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial. Tomo III. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima. 2000. p.98

similares. Es en el seno de estas organizaciones, que las personas salen de sí misma.¹¹⁸ Toffler resalta el gravitante rol de las personas jurídicas sin fines de lucro: “hasta la estrategia nacional más sagaz de China o Estados Unidos puede ser obstruida, revocada o convertida en irrelevante si no tiene en cuenta los neojuegos a los que juegan las ONG, las religiones y otros participantes en el metajuego. Buena parte de los problemas de Estados Unidos en Irak pueden ser debido al excesivo énfasis en el papel de los estados - nación y en su subestimación respecto del papel jugado por las fuerzas no nacionales como las ONG contrarias a las guerras.”¹¹⁹ Un grupo de personas jurídicas puede articularse por relaciones de dominación, y llegar a una **dirección unitaria**¹²⁰, dando la capacidad del sujeto(s) dominante(s) (personas naturales o jurídicas) para imponer políticas de conducción de la persona jurídica, haciendo prevalecer el interés del grupo dominante.¹²¹ En síntesis, se crea una estructura organizativa destinada a asegurar una unidad de gestión.

2.4.2. TIPOS DE CONTROL DE LA PERSONAS JURÍDICAS

El control de un grupo de personas jurídicas implica la posibilidad de hacer adoptar determinada decisión a una o varias personas jurídicas¹²² como resultado de relaciones de poder y subordinación. El control corporativo importa la facultad, de decidir el destino de una persona jurídica, lo que se puede evidenciar en la disposición del patrimonio social o la implantación de políticas

¹¹⁸ Fukuyama, Francis. El fin de la Historia y el último hombre. Editorial Planeta. Buenos Aires-Argentina. 1996. p. 428-9.

¹¹⁹ Toffler, Alvin y Heidi. La Revolución de la Riqueza. Editorial Debate. Barcelona – España. 2006. p. 508

¹²⁰ También denominada dirección única (Estatuto de Sociedad Anónima Europea, Art. 223.1), pero dicho termino es insuficiente pues se limita al supuesto en que existe una única sociedad dominante, dejando de lado el caso de grupos con dos Sociedades Matrices para lograr un mejor posicionamiento en los distintos mercados en que incursionan, pero teniendo una política regional y global para colocar sus productos. Es por ello que acertadamente, el Art. 492.1 CSC portugués precisa que en los grupos parietarios existe una dirección unitaria y común. Un ejemplo sobre el referente, lo hallamos en Unilever que tiene dos casas matrices una en Londres y otra en Rotterdam, con una junta de directores en cada una de ellas.

¹²¹ Es este interés el que permite individualizarla noción de grupo, pues este provoca la dirección unitaria. Cfr. BOLDO RODA, Carmen. El Levantamiento del Velo y la Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles. Madrid-España. Editorial Tecnos. Reimpresión 1995. p385.

¹²² Cfr, RICHARD, Efraín H. Las Relaciones de Organización y Sistema Jurídico del Derecho Privado. Córdoba- Argentina. Ediciones Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 1º ed. 2000. p.270/1

corporativas. De esta manera, quienes detentan el control corporativo pueden servirse del patrimonio de las personas jurídicas controladas, de tal manera que quienes detentan el control corporativo se convierten en señores de la actividad económica.¹²³ El control de una persona jurídica entraña actos no sólo de disposición de patrimonio sino sobre el resto de ámbitos tales como personal o políticas de gestión.

2.4.2.1. CONTROL INTERNO DE PERSONAS JURIDICAS

El control corporativo interno nace del dominio efectivo de los órganos de una persona jurídica, esto es mediante la tenencia de acciones o participaciones, dominio del directorio, gerencia, consejo directivo o administración¹²⁴. Las relaciones de dominación se manifiestan en la posibilidad que tiene el sujeto de dominar los órganos de la persona jurídica¹²⁵. Esto es, se pone el énfasis en el dominio de la voluntad de la persona jurídica desde que se origina en sus órganos o representantes. En el ámbito de las sociedades comerciales ello puede producirse mediante convenios entre accionistas (sindicato de accionistas) a través de los cuales fijan la actuación futura de la sociedad, cláusulas restrictivas de circulación de las acciones, la elección de directores por categoría de accionistas, el condominio de acciones, negocios fiduciarios, administración común (sede corporativa), etc. ¹²⁶

El control interno se puede clasificar en¹²⁷: **a) control corporativo jurídico de Hecho**¹²⁸; que se produce cuando a través de participación en otras personas jurídicas (intermedias) se controla el destino de la persona jurídica controlada en forma “indirecta.” Es el caso de las sociedades en cadena en el cual una sociedad tiene en otra u otras acciones, y determina el control de estas personas

¹²³ Cfr. DOBSÓN, Juan. Ob. Cit. 361 Cuando señala que el “Abuso de control implica un abuso del patrimonio de la sociedad controlada”. RICHARD, Efraín H. Ob. Cit. p.351

¹²⁴ Cfr. MARTORELL, Ernesto E., Ob. Cit. p. 108 .

¹²⁵ Cfr. DOBSÓN, Juan M. Ob. Cit. 362

¹²⁶ Cfr. LE PERA, Sergio. Ob. Cit. p.141.

¹²⁷ Cfr. MARTORELL, Ernesto E. Ob. Cit. 249-252.

¹²⁸ Al cual preferimos denominar Control jurídico Indirecto

jurídicas¹²⁹ ; b) control corporativo jurídico de derecho¹³⁰; esto es una dominación accionaria o participacional directa sin usar terceros.¹³¹ Este control a su vez se subclasifica de la siguiente manera: a) dominación absoluta (se posee casi el 100% de acciones o participaciones); b) dominación mayoritaria (se posee sólo más del 50%) y c) dominación minoritaria (no se posee ni el 50% de acciones o participaciones, pero mediante un pacto de sindicación se logra dominar la voluntad social).

2.4.2.2. CONTROL CORPORATIVO EXTERNO DE PERSONAS JURIDICAS

La relación de dominación-subordinación surge de las relaciones externas de poder que tiene una persona natural o jurídica con un grupo de personas jurídicas caracterizadas normalmente por fuertes vinculaciones económicas, sociales o políticas.¹³² Son ejemplos de situaciones donde puede aparecer este tipo de control corporativo la existencia de un socio oculto, testaferros, concesiones mercantiles concertadas con cláusulas de exclusividad, un dominio financiero, la calidad de agente comercial con facultades de rescisión unilateral por el fabricante, o el suministro, las franquicias exclusivas, el Estado cuando actúa con los poderes de fiscalizador, el contrato de suministro de materias primas o productos imprescindibles para desarrollar el objeto social, el contrato de licencia o Know how; la influencia dominante del acreedor que tiene una ejecución judicial pendiente; el control del principal cliente de la sociedad; el sponsor más importante de un club deportivo o programa de TV, etc.

¹²⁹ Cfr, ECHAIZ MORENO, entiende que existen dos clases de control de hecho: a.) La dominación relativa, producida debido al ausentismo en las juntas. b.) La dominación administrativa, donde debido a las discrepancias entre socios, termina decidiendo los órganos de administración. En Allanamiento de la personalidad jurídica y vinculación empresarial subordinada, Gaceta Jurídica N° 29, febrero, 2001.p.95/6.

¹³⁰ Al cual preferimos denominar Control jurídico Directo

¹³¹ Cfr, ECHAIZ MORENO, Daniel. Ob. Cit.p.95.

¹³² Cfr. DOBSÓN, Juan. Ob. Cit. 368

2.4.2.3. CONTROL CORPORATIVO FRAUDULENTO

El Derecho no reprime el fenómeno del control corporativo en sí mismo ni el de la dirección unitaria puesto que el mismo puede traer eficiencia en las organizaciones lucrativas y no lucrativas así como beneficios concretos para la sociedad. Empero, se sanciona específicamente el abuso del control corporativo o en los casos que la dirección unitaria ha ocasionado daños frente a los cuales debe responder la persona jurídica controlante.¹³³ Este tipo de control implica un abuso de poder sobre la sociedad controlada, lo que justifica que se extienda la responsabilidad patrimonial al controlante. Fargosi sostiene que en dichos casos se hace responsable directamente a los controlantes que hicieron posible esta conducta fraudulenta.¹³⁴ La doctrina ha identificado los supuestos en los cuales existe control fraudulento, estos son:¹³⁵ cuando se utilice a la sociedad con fines extrasocietarios; cuando se haga operar a la persona jurídica para hacer fraude a la ley; cuando por medio de la persona jurídica se burla el orden público; cuando por medio de la actividad societaria, la controlante frustre derechos de terceros; la actuación de unidad empresarial; la confusión patrimonial y la interposición ilícita de personas jurídica.

2.4. CLASIFICACIÓN DE GRUPOS DE PERSONAS JURIDICAS

Los grupos de personas jurídicas se pueden clasificar en:¹³⁶ a) **Participacional radial o estelar**, se produce cuando la persona jurídica dominante participa directamente en los órganos de las personas jurídicas dominadas. En otros términos, una persona jurídica ejerce el control de varias otras, las que a su vez, no se relacionan entre sí, sino que actúan frente a la dominante, como satélites en la órbita de un astro mayor. Es común que este tipo de situaciones permita la confusión patrimonial e incluso de identidad; b) **Participacional piramidal o en cadena**, la persona jurídica participa en otras, y estas hacen lo mismo respecto a

¹³³ Cfr, RICHARD, Efrain H. Ob. Cit. p.271

¹³⁴ Cfr, Citado por ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Ob. Cit.p.225.

¹³⁵ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Ob. Cit.p.224-229.

¹³⁶ FERRO ASTRAY, José A. Empresas Controladas. Abeledo-Perrot. Bs. As. 1964. p.14-16.

otras. Se esta ante una cadena de personas jurídicas, cada una de las cuales asume sucesivamente el papel de persona jurídica dominada, respecto de la anterior y dominante, con relación a la que sigue, a semejanza de eslabones enlazados por relaciones de dominación del controlador sea por control externo o interno. Metafóricamente podemos observar una persona jurídica madre con una participación mayoritaria que controla dos o más personas jurídicas hijas y a través de éstas otras sociedades más, que podemos llamar nietas y así sucesivamente;¹³⁷ **c) Participacional circular,**¹³⁸ una persona jurídica participa en el capital de otra, esta lo hace en una tercera y así, sucesivamente, hasta que la última participa en la primera.¹³⁹ Es una serie de personas jurídicas que participan una en otra, asociándose como las cuentas de un collar, donde el aporte de la persona jurídica matriz es irreal, ya que la sociedad madre obliga a participar en su capital a la última de las controladas.¹⁴⁰ Sin duda el capital social en estos casos se vuelve algo ficticio pues circula en una eterna espiral el mismo patrimonio en un grupo de personas jurídicas, lo que más temprano que tarde perjudicará a terceros. En la práctica las cosas pueden ocurrir de la siguiente manera: si una sociedad A constituye una sociedad B, con un capital de un millón de nuevos soles, que aporta, pero que al mismo tiempo dispone de un aumento de capital, también de un millón de nuevos soles, que hace integrar por la sociedad B, nos encontramos ante una integración aparente de dos millones de nuevos soles (un millón en cada sociedad), pero que en realidad nada ha ocurrido. Ni qué decir del cruzamiento de acciones que conllevan a un controlador recíproco¹⁴¹ o una identidad de intereses si se quiere. Definitivamente las participaciones recíprocas van a configurar una verdadera confusión de patrimonios en perjuicio de terceros. Las relaciones que se establecen entre personas jurídicas dominadas y la dominante, pueden nacer por operaciones de garantía, por la dotación de

¹³⁷ Cfr. VILLEGAS, Carlos. Ob. Cit. p. 554.

¹³⁸ Cfr. VILLEGAS, Carlos. Ob. Cit. p. 555.

¹³⁹ Cfr. VILLEGAS, Carlos. Ob. Cit. p. 555.

¹⁴⁰ DE LA CÁMARA, Álvarez, Manuel. El levantamiento de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles, en Revista de Derecho Notarial, Año XXI – Num. LXXXI- LXXXII, Julio-Diciembre 1973, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, Graficas Muybe-Estrella. p. 140.

¹⁴¹ Cfr. VILLEGAS, Carlos. Agrupación de Sociedades. Abeledo- Perrot. Bs. As. 1993.p.571/2.; Cfr. FERRO ASTRAY, José. Ob. Cit. p.106/9.

personal, por la provisión de tecnología, materia prima, bienes, la asunción de gastos de investigación, otorgamiento de préstamos, transferencia de marcas, diseños industriales, know how, software, operaciones de salvataje (cuando se hace cargo de pasivos), suministro, para reducir la carga impositiva, entre otros.

El control de las personas jurídicas puede afectar los intereses de la persona jurídica dominada, los inversionistas minoritarios, los trabajadores, los consumidores y usuarios, los acreedores y el Estado. Las relaciones de poder entre persona jurídica dominante y dominada puede ocasionar: a) desplazamiento irregular de recursos económicos y humanos; b) ausencia de información oportuna sobre la situación jurídica, económica, financiera y contable de la sociedad persona jurídica dominada. Los potenciales perjuicios que pueden devenir de los grupos de persona jurídica, se puede corregir haciendo que: a) la persona jurídica dominante asuma la pérdida del ejercicio de la persona jurídica dependiente; b) la persona jurídica dominante asuma subsidiariamente las deudas de la dependiente;

La legislación vigente presenta profundas limitaciones, al punto de haber desprotegido los intereses de los inversionistas minoritarios, los acreedores, los trabajadores, la sociedad dominada y el propio Estado. Mientras tanto un sector de la jurisprudencia laboral viene librando su propia batalla contra este fenómeno social y el fraude laboral al sostener férreamente el principio de solidaridad laboral.¹⁴² De esta manera se logra comunicar la responsabilidad por deudas entre los miembros de un grupo. El papel que desempeñaría esta solidaridad entre dominante-dominada es la conservación de la integridad patrimonial de las personas jurídicas dominadas y de incentivo a una gestión diligente de las dependientes del grupo.¹⁴³

¹⁴² Esto es que si el grupo se comporta como una unidad, y como tal actúa y se manifiesta al exterior, debe responder solidariamente ante los terceros acreedores, con lo que se prescinde del artificio de la persona jurídica cuando ello es necesario para evitar el fraude a la ley o cualquier resultado antijurídico

¹⁴³ BOLDI RODA, Carmen. La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español. En Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Depalma. Bs As. 1997. p.32.

CAPÍTULO III

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE LA PERSONA JURÍDICA

El ser humano es incapaz de transitar por el mundo recluso en solitario, en continua y persistente soledad pues genéticamente está programado para vivir en sociedad como un pájaro para alzar sus alas y volar. La naturaleza social del hombre no es un accidente ni una contingencia; sino la clave de su evolución y supervivencia de su especie. El hombre es un ser coexistencial, que se realiza sólo en cooperación y comunicación con los demás hombres.¹⁴⁴ Producto de este instinto gregario del hombre es como nace la persona jurídica. El ser¹⁴⁵ de este ente colectivo, es ser expresión de los valores: cooperación¹⁴⁶ y solidaridad;¹⁴⁷ y en buena cuenta un medio ingenioso de asistencia recíproca entre un grupo de hombres¹⁴⁸ que buscan un bien común. La persona jurídica así es una realidad social que agrupa a personas para conseguir un fin común a todas ellas,¹⁴⁹ cumpliendo con los requisitos establecidos por ley para efectos de obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica, y obtener con ello individualidad.¹⁵⁰

La persona jurídica es el instrumento ideal para la consecución de nobles objetivos colectivos como proyectos económicos y empresariales, pluralismo económico, asistencia social, la defensa de fines culturales, étnicos, religiosos, deportivos, y en fin, constituirse en ese tren que abordan grupos organizados para defender sus derechos y hacer realidad sueños colectivos. Los miembros del ente colectivo

¹⁴⁴ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Derecho y Persona. Grijley. Lima-Perú.1998. pp. 86/7.

¹⁴⁵ Esto es la manera de existir de la persona jurídica.

¹⁴⁶ La cooperación cuyos sinónimos son la colaboración, la reciprocidad, la asistencia, la ayuda, el apoyo, el auxilio entre otros. Pertenece a los valores de heteronomía, caracterizados por el elemento coexistencial, son bidireccionales, se forjan en la vida asociada, valen para “un nosotros,” los impone la comunidad, su fundamento ultimo es la existencia funcional. Cfr. Cossio, Carlos. Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho. Depalma. Buenos Aires. 1987. p. 62/3.

¹⁴⁷ Como expresa Nieto Arteta, el Derecho es el medio de realización social de determinados valores. Citado por Fernández Sessarego, Carlos. El Derecho como Libertad. Universidad de Lima. 1era ed. Lima. 1994. p.113.

¹⁴⁸ Abbagno, Incola. Diccionario de filosofía. Fondo de Cultura Económica. México.2000. p.1094

¹⁴⁹ Cfr, Gaceta Jurídica. La Constitución Comentada. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2005. p. 156-161.

¹⁵⁰ Cfr, Díez Picazo, Luís. Sistemas de Derecho Civil. Vol. I. Tecnos. Madrid- España.1995. pp.617/8.

no desaparecen ni son absorbidos por su estructura, pues conservan su individualidad y tienen en potencia tres roles bien definidos como individuo ajeno al ente colectivo, como miembro del ente colectivo y como órgano del ente colectivo. El ente colectivo sostiene su cohesión e individualidad en normas internas (estatuto) y la comunidad de fines¹⁵¹ que persiguen (objeto social e interés social).

La persona jurídica es un ser accidental que no existe en sí, sino en otro; participando de la existencia de otro, agregando a este ser sustancial una perfección (la cooperación y la solidaridad) y entrando, por tanto, con él en una composición real (el ente colectivo). Para la comprensión de este axioma es vital la distinción dentro de la relación social - jurídica, de tres elementos: a) las realidades relacionadas, sujetos de la relación; esto es, los miembros y su interactuar además de su conexión con la estructura social construida a partir de sus relaciones intersubjetivas (la persona jurídica); b) la razón, causa o fundamento de la relación: la cooperación y solidaridad para alcanzar una comunidad de fines; c) la realidad a la que se dirigen las relaciones intersubjetivas, llamada "término", en nuestro caso persona jurídica. Esta visión ontológica nos conduce a descubrir dos planos: a) el de la sustancia o realidad primaria: conformado por los individuos; b) el de la realidad secundaria o accidental:¹⁵² compuesto por la sociedad política, personas jurídicas y otras organizaciones de personas. En síntesis las personas jurídicas son producto de relaciones de los individuos, del modo de ser de éstos, de su forma de organizarse o encarnar relaciones de cooperación y reciprocidad.

Así entonces, la persona jurídica no es un ser que tenga subsistencia propia; pues requiere de un sostén; y este sostén está constituido por los individuos asociados, en los cuales se identifica con un cierto modo de ser de ellos, modo que consiste

¹⁵¹ Al fin se le define como la terminación o acabamiento de una cosa. Como apunta Ferrater Mora: "el fin tiene los siguientes sentidos:

- a.) Sentido temporal, como el momento final.
- b.) Sentido espacial, como límite.
- c.) Sentido ideal, como esencia, expresado en la determinación.
- d.) Sentido general, como propósito, objetivo o finalidad."

¹⁵² Marías, Julián. Historia de la Filosofía. Revista de Occidente. Madrid. 1974. p.64.

en existir todos juntos, organizados, coordinados, en cooperación y solidaridad. De esta forma, la sustancia de la sociedad se la otorga los individuos organizados hacia determinados fines. Descomponiendo nuestro axioma, se compone de cuatro elementos: la pluralidad de individuos, unión, fin común y organización.¹⁵³ Recordemos que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, el orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás” de conformidad con el artículo 16° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.1. LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURÍDICA

La utilización fraudulenta de la persona jurídica es aquella situación en que se instrumentaliza a una persona jurídica para evadir obligaciones legales o contractuales. Este uso disfuncional, antisocial, anormal o irregular del ente colectivo puede descubrirse utilizando el siguiente razonamiento:

- a.) Centramos nuestro interés en la conducta humana¹⁵⁴ que se desarrolla al amparo de las reglas que rigen a la persona jurídica.
- b.) Cotejamos si la conducta anterior, está respetando la función social de la persona jurídica en el ámbito de las normas mínimas de convivencia, la buena fe, el orden público, y las buenas costumbres.¹⁵⁵
- c.) De comprobarse la utilización fraudulenta de la persona jurídica se sancionara a quienes quisieron instrumentalizarla para fines ilícitos y se aplicarán las

¹⁵³ Nótese que la idea de orden u organización nos permite establecer la existencia simultanea de miembro y ente colectivo, donde se congrega y orienta conforme a la finalidad, no siendo por tanto absorbido el individuo por el ente colectivo.

¹⁵⁴ No toda vida humana es derecho, sino solo la conducta humana en su interferencia intersubjetiva o conducta compartida o en cooperación. COSSIO, Carlos. Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho. Depalma. Buenos Aires. 1987. p.153.

¹⁵⁵ El derecho tiene por misión hacer posible la plena realización del ser humano en su vida de la relación, dentro del bien común. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ibidem. p. 45.

consecuencias propias del abuso de derecho, fraude a la ley y la responsabilidad civil según el caso.

El caso Salomón vs. Salomón, es el hito jurisprudencial a partir del cual los tribunales evidenciaron la utilización fraudulenta de la persona jurídica.¹⁵⁶ A partir de esta nefasta experiencia, el derecho inglés empieza a identificar los casos en los cuales debe sancionarse este actuar fraudulento: a) cuando las relaciones entre el agente o principal sirvan para que el mandante evada responsabilidades sociales; b) cuando la nacionalidad de las personas jurídicas tiene por objeto evadir una prohibición legal;¹⁵⁷ c) en holding y subsidiarias o sociedades vinculadas; d) cuando la responsabilidad limitada puede resultar contraria a la equidad; e) cuando sea necesaria para impedir la actuación de una injusticia con relación a todos o del único accionista.¹⁵⁸

Metódicamente Serick identifica como buenos instrumentos sancionadores el fraude a la ley, lesión del contrato,¹⁵⁹ y otros casos de daño causados fraudulentamente o con deslealtad a terceros con el recurso de la persona jurídica.¹⁶⁰ Serick también aporta a la doctrina bajo estudio los siguientes elementos:¹⁶¹ a) la supremacía del principio de la realidad sobre las formas jurídicas; b) pone sobre relieve la interpretación finalista de las normas¹⁶² y c) la

¹⁵⁶ Salomón constituyó con su mujer y sus hijos una sociedad, en la que sería el administrador, y en esa calidad constituyó a su favor obligaciones privilegiadas. Finalmente la empresa fracasó y Salomón como acreedor privilegiado sobre el resto, hizo valer su derecho, dejando sin garantía a los demás acreedores

¹⁵⁷ Se acuña luego de la primera guerra mundial, el término sociedad enemiga, en alusión a sociedades con nacionalidad inglesa pero cuyos miembros o controlantes (directos o indirectos) eran nacionales enemigos (alemanes). Con esta teoría se intentaba evitar que el control de empresas estratégicas caiga en manos de los vencidos en la gran guerra, cuya revancha era cuestión de tiempo.

¹⁵⁸ TOROS LLANOS, Víctor. Criterios jurídicos determinantes de la imputabilidad de responsabilidad civil de los directores de las sociedades por acciones en el marco legal societario. Tesis Magíster. UNMSM. Lima. 1998. p.26/7.

¹⁵⁹ SERICK, Rolf. Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. Ediciones Ariel. Barcelona-España. 1958. p.14

¹⁶⁰ SERICK, Rolf . Ob. Cit. p.70 y ss..

¹⁶¹ Cfr. SERICK, Rolf . Ob. Cit. p.241 y ss..

¹⁶² “Si la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervengan (...) podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos no sea nominal, sino

importancia del fraude a la ley en esta doctrina.¹⁶³ Juan Espinoza Espinoza revela los principales supuestos sancionados en Alemania:¹⁶⁴ a) en caso de confusiones patrimoniales o esferas; b) se subordina el objeto e interés social frente a intereses ajenos a la persona jurídica; c) en caso de infrapatrimonialización o subcapitalización de la persona jurídica; d) abuso de la persona jurídica en fraude a la ley o en incumplimiento de obligaciones.

Garrigues, sostiene que parece justo anular la separación entre persona jurídica y sus miembros, esto es desposeer a ésta de subjetividad para descubrir lo que realmente se cocina detrás de ella¹⁶⁵. Añadiendo que en el caso de los grupos de personas jurídicas puede establecerse la comunicación de responsabilidad entre empresas subordinadas, si se demuestra que la sociedad dominada constituye una mera apariencia de sociedad y que se está utilizando para eludir el cumplimiento de contratos o para reducir la garantía frente a los acreedores¹⁶⁶.

Capilla Roncero sostiene que basándose estrictamente en la razón de ser de la persona jurídica se puede hacer frente a los casos de abuso de la persona jurídica.¹⁶⁷ De Los Mozos, sostiene que el abuso y deformación de la persona jurídica ha supuesto ir en contra de los más elementales criterios de justicia¹⁶⁸. De Ángel Yaguez, asevera que la forma de descubrir la utilización fraudulenta de la persona jurídica es examinando los verdaderos intereses que latén en el ente

verdaderamente efectiva.” “Las normas que se fundan en capacidades o cualidades (...) o valores humanos también deben aplicarse también a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma (...) presuponga (...) la identidad o diversidad de sujetos interesados” *Ibíd.*, p.241

¹⁶³ Que no logra distinguir a cabalidad del abuso de derecho.

¹⁶⁴ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Una aplicación de los abusos de derecho en la experiencia jurídica: el problema del abuso de la persona jurídica. En *Gaceta Jurídica*. T. 17, Mayo 1995.p. 58-A; Cfr. BOLDO RODA, Carmen. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Año 3, Buenos Aires. 1997.p.4

¹⁶⁵ GARRIGUES, Joaquín. *Teoría general de las sociedades mercantiles*. En *revista de Derecho Mercantil*. No 142, Octubre, 1976. p.534.

¹⁶⁶ Citado por FERRO ASTRAY, José. *Ob. Cit.* p.95.

¹⁶⁷ Su escepticismo respecto de la aplicación de esta doctrina residía en dos factores: a.) La inseguridad jurídica; b.) Por la falta de presupuestos claros. Sus temores en realidad serían infundados, pero forjarían el argumento que esgrimiría más de un legislador para impedir la positivización de esta doctrina.

¹⁶⁸ DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho Civil. Métodos, sistemas y categorías jurídicas*. Civitas, 1988. p.246/7

colectivo, y con ello poner coto a los fraudes o abusos cometidos por medio de la persona jurídica¹⁶⁹. Molina Navarrete, manifiesta que para ello se debe recurrir a los principios generales del derecho¹⁷⁰. Embid Irujo agrega que los principales casos se dan por control abusivo, la infracapitalización y la confusión de esferas o patrimonios¹⁷¹.

Carmen Boldo Roda, define a la utilización fraudulenta de la persona jurídica como el abuso que tiene lugar cuando la persona jurídica es utilizada para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar¹⁷². Añade que la seguridad jurídica y la legalidad, hallan su límite en la justicia,¹⁷³ y apuesta para desbaratar el ardid por el fraude a la ley¹⁷⁴. Álvarez de Toledo Quintana, manifiesta que son cuatro los instrumentos para eliminar las disfuncionalidad de la persona jurídica: la equidad, el control del abuso y ejercicio antisocial de los derechos subjetivos; y el fraude a la ley, todo lo cual sanciona “la deslealtad de la verdad formal”¹⁷⁵.

Cabanellas sostiene que las reglas relativas a la desestimación de la personalidad societaria están destinadas a conciliarse, en la medida de lo posible, con el resto de normas del sistema jurídico, y establecer en cada caso cuales son las reglas que predominan, en función a lo ilícito o antijurídico del resultado¹⁷⁶. Así, el fundamento para sancionar estas conductas es el móvil del fraude a los acreedores, la evasión fiscal, el incumplimiento de las condiciones contractuales, etc. Asimismo, las reglas jurídicas que ponen coto a este accionar ilícito son:

¹⁶⁹ DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. Cit. p.14.

¹⁷⁰ Cfr. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El Levantamiento del velo jurídico en el ámbito de un mismo grupo de sociedades: Un falso Debate. En Anuario de Derecho Civil. Madrid. T. XLIII, fascículo II, abril-junio, 1995.p.806.

¹⁷¹ Cfr. EMBID IRUJO, Jose Miguel. Justicia y Seguridad Jurídica: a propósito del levantamiento del velo de la persona jurídica societaria. En Derecho de Negocios. Año 9, No 96, Septiembre. 1998

¹⁷² BOLDO RODA, María. El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Tecnos. Madrid. 1993. p.10.

¹⁷³ Cfr. BOLDO RODA, Carmen. Levantamiento del Velo y persona Jurídica en el Derecho Privado; Editorial Aranzadi. 2da Ed. Pamplona-España. 1997. pp. 229-233

¹⁷⁴ BOLDO RODA, Carmen. Ob. Cit. p.8.

¹⁷⁵ Cfr. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. Ob. Cit. p. 17

¹⁷⁶ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. La Personalidad Jurídica Societaria. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires.1994.p.82

reglas sobre abuso de derecho, normas fiscales, concursales, límites sobre la personalidad jurídica, etc. Debe así evitarse la adopción de una terminología que dé a entender que la desestimación de la personalidad societaria tiene un único fundamento jurídico, como sería el abuso de derecho cuando se hace referencia al “abuso de la personalidad societaria”¹⁷⁷. Acertada opinión, que no sólo es compartida sino puesta en práctica en esta investigación.

Zannoni entiende por utilización fraudulenta de la persona jurídica como aquella circunstancia en la cual el reconocimiento formal del ente colectivo pudiese llevar a resultados reñidos con la buena fe, las necesidades socio económicas, etc. Halperin considera que cuando ésta se emplea con fines ilícitos, de engaño o fraude¹⁷⁸ debe ser desconocida. Zannoni está convencido que debe neutralizar los actos fraudulentos realizados por las sociedades dentro de la genérica licitud de su objeto. Ahí se debe aniquilar actos ejecutados dentro de la licitud del objeto social, pero con el fin de violar normas imperativas o de perjudicar a terceros¹⁷⁹.

Estamos de acuerdo con Villegas que entiende que en los casos de utilización fraudulenta de la persona jurídica, lo que se hace para aniquilar el fraude, es aplicar directamente los efectos de las normas legales que sean pretendido eludir e imputar responsabilidad por los daños a los controlantes. En ese sentido Serick, sostenía que el respeto de la individualidad de la persona jurídica, depende de que el ente colectivo actúe sin apartarse de los fines en atención a los cuales fue creada¹⁸⁰.

De Agüinis juzga que la formación de una sociedad como mero simulacro formal para violar la ley y perjudicar los derechos de terceros son situaciones típicas de

¹⁷⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. p.66/7.

¹⁷⁸ Cfr, ZANNONI, Eduardo. Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario. Editorial Astrea. Bs. As. 1980.p. 109/111.

¹⁷⁹ Cfr, ZANNONI, Eduardo. Ob. Cit. p.122 y 126.

¹⁸⁰ VILLEGAS, Carlos. Derecho de las Sociedades Comerciales. Abeledo-Perrot. Bs. As. 1994.p.47/9.

fraude a través de una persona jurídica¹⁸¹. Williams por su parte enumera una serie de casos que recoge de la jurisprudencia Argentina¹⁸²: a) por haber mediado simulación en materia de locación; b) por simulación en la constitución de sociedades; c) por fraude fiscal o laboral; d) por razones de interés público (nacionalidad). Perrot identifica los siguientes supuestos: a) Intento de burlar obligaciones contractuales; b) Intento de burlar la ley; c) intento de ocultar la identidad de las personas que intervienen en un determinado acto; d) agrupación de sociedades para alcanzar fines ilícitos; e) simulación por actos con apariencia de legitimidad (teoría de los actos propios).

Dobsón¹⁸³, al igual que nosotros sostiene que el desmantelamiento del uso fraudulento de la persona jurídica tiene su fuente en el principio de primacía de la realidad, en el criterio de verdad. Esta proposición hallará su máximo esplendor en el principio de unidad de empresa o unidad jurídica económica.

En latinoamerica solamente algunos países han consagrado legislativamente mecanismos de sanción a conductas que instrumentalizan a la persona jurídica con fines ilícitos destacando nítidamente los casos de Argentina, Uruguay, Brasil, Colombia y Venezuela.

¹⁸¹ DE AGUINIS, Ana Maria. Ob. Cit. p.111.

¹⁸² Citado por DE AGUINIS, Ana Maria. Ob. Cit. p.113/4.

¹⁸³ El Abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado). Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1985.

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURÍDICA EN AMERICA LATINA				
PAIS	INSTITUCIONES UTILIZADAS	CAMPO DEL DERECHO	JURISPRUDENCIA	CONSAGRACION LEGISLATIVA
ARGENTINA	<ul style="list-style-type: none"> • Fraude a la ley • Fraude a los acreedores • Extensión de la quiebra • Solidaridad laboral • Buena fe 	Derecho de sociedades Derecho concursal Derecho civil Derecho Laboral Derecho tributario Derecho de familia	X	Ley General de Sociedades Argentinas (Artículo 54.3) Ley General de Quiebra Ley de trabajo (Artículo 31)
URUGUAY	<ul style="list-style-type: none"> • Fraude a la ley • Fraude a los acreedores 	Derecho de sociedades Derecho civil	X	Ley de Sociedades Comerciales (Artículo 189)
BRASIL	<ul style="list-style-type: none"> • Abuso de derecho • Exceso de poder • Infracción a la ley 	Derecho de sociedades Derecho civil	X	Código de Defensa al Consumidor (Artículo 28)
COLOMBIA	<ul style="list-style-type: none"> • Fraude a la ley • Imputación directa al controlante (insolvencia) • Solidaridad laboral • Solidaridad previsional 	Derecho de sociedades Derecho civil Derecho administrativo Derecho laboral Derecho previsional	X	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 190, Artículo 44, "Normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública (...)" • Artículos 49.8, 61, 82 y 83 de la Ley 1116 • Artículos 31 y 71 de la Ley 222
VENEZUELA	<ul style="list-style-type: none"> • Fraude a la ley • Principio de primacía de la realidad 	Derecho de sociedades Derecho Tributario	X	Código Orgánico Tributario (Artículo 16)

Se evidencia una constante en los países latinoamericanos, la utilización del fraude a la ley para desenmascarar situaciones fraudulentas en las que esta envuelta la persona jurídica, siendo los campos del derecho en donde con más frecuencia se producen estas situaciones anómalas: el derecho laboral, el derecho concursal y el derecho tributario. Los sujetos de derecho afectados por este malicioso obrar son los acreedores en general, con mayor precisión los trabajadores, los consumidores, los herederos y el conyugue.

En Venezuela en aplicación del principio de primacía de la realidad al ámbito tributario el intérprete puede asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo y por este medio llegar a desconocer la constitución de sociedades previa investigación al contribuyente evasor. Una solución radical que ha sido acogida en esencia también por el Perú.

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURÍDICA EN VENEZUELA
CODIGO ORGANICO TRIBUTARIO Cuando la norma relativa al hecho imponible se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse o apartarse expresamente de ellas, el intérprete puede asignarle el

significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo.

Al calificar los actos o situaciones que configuren los hechos imponible, la Administración Tributaria, conforme al procedimiento de fiscalización y determinación previsto en este Código, **podrá desconocer la constitución de sociedades**, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, cuando éstos sean manifiestamente inapropiados a la realidad económica perseguida por los contribuyentes, y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias.

Parágrafo Único: Las decisiones que la Administración Tributaria adopte conforme a esta disposición, sólo tendrán implicaciones tributarias y en nada afectarán las relaciones jurídico-privadas de las partes intervinientes o de terceros distintos del Fisco.

Ley de impuesto sobre la renta (Venezuela)

Artículo 95. La Administración Tributaria deberá elaborar y ejecutar periódicamente **programas de investigación** a aquellos contribuyentes, personas naturales o jurídicas cuyo enriquecimiento neto gravable en dos ejercicios consecutivos sea inferior al diez por ciento (10%) de sus ingresos brutos.

En Colombia, como parte de la lucha contra la corrupción se permite que las autoridades judiciales levanten el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades de ésta. Adicionalmente su regulación concursal inteligentemente contempla la responsabilidad subsidiaria del controlante y permiten a los organismos de inspección, vigilancia o control comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. Asimismo cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. De esta manera, se hace responder a la sociedad matriz por su responsabilidad en el control de la sociedad subsidiaria, lo que en algunos casos puede conllevar una extensión del concurso o insolvencia.

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURÍDICA EN URUGUAY

La Ley de Sociedades Comerciales (16.060), en su Art. 189 establece que podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público o con fraude y perjuicio de los derechos de los socios accionistas o terceros. Se deberá probar la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumentos legal para alcanzar los fines expresados".

En Uruguay de manera contundente se proscribe la utilización fraudulenta de la persona jurídica y se contempla responsabilidad no solo para el controlante interno (socio) sino el externo (tercero), no se precisa la existencia de dolo o culpa por lo que se presume una responsabilidad objetiva. En ese sentido, siendo el fraude a la ley una institución que no reclama la existencia del dolo o culpa bastara probar que la instrumentalización de la persona jurídica hizo posible la elusión de los efectos de una ley o normas de orden público. Diferente será el caso de los daños ocasionados a terceros y socios donde para efectos de graduar la indemnización será preciso determinar el dolo o culpa de la conducta del controlante.

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURÍDICA EN COLOMBIA

Artículo 44 de la Ley 190 de 1995, "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa" prevé: ***"Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta"*** Igualmente lo hace el artículo 37 de la ley 142 de 1994.

Ley 1116 de 27-12-2006, Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones

Artículo 49º

8. L a providencia judicial que decreta la apertura inmediata del trámite del proceso de liquidación judicial no admite ningún recurso, con excepción de la causal prevista en los numerales 2 y 7 de este artículo, evento en el que sólo cabrá el recurso de reposición.

Si el juez del concurso verifica previamente que el deudor no cumple con sus deberes legales, especialmente en cuanto a llevar contabilidad regular de sus negocios, conforme a las leyes vigentes, podrá ordenar la disolución y liquidación del ente, en los términos del artículo 225 y siguientes del Código de Comercio, caso en el cual **los acreedores podrán demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes**.

Artículo 61. De los controlantes. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente. El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años.

Artículo 82. Responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados. Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. **No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.** En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido. La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario.

Artículo 83. Inhabilidad para ejercer el comercio. Los administradores y socios de la deudora y las personas naturales serán inhabilitados para ejercer el comercio, hasta por diez (10), cuando estén acreditados uno o varios de los siguientes eventos o conductas:

1. Constituir o utilizar la empresa con el fin de defraudar a los acreedores.
2. Llevar la empresa mediante fraude al estado de crisis económica.
3. Destruir total o parcialmente los bienes que conforman su patrimonio.
4. Malversar o dilapidar bienes, que conduzcan a la apertura del proceso de liquidación judicial.
5. Incumplir sin justa causa el acuerdo de reorganización suscrito con sus acreedores.
6. Cuando antes o después de la apertura del trámite, especule con las obligaciones a su cargo, adquiriéndolas menor precio.
7. La distracción, disminución, u ocultamiento total o parcial de bienes.
8. La realización de actos simulados, o cuando simule gastos, deudas o pérdidas.
9. Cuando sin justa causa y en detrimento de los acreedores, hubieren desistido, renunciado o transigido, una pretensión patrimonial cierta.
10. Cuando a sabiendas se excluyan acreencias de la relación de acreedores o se incluyan obligaciones inexistentes.

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURÍDICA EN ARGENTINA
<p>Ley 19.550, Ley de Sociedades Comerciales Argentinas (1995).</p> <p>Dolo o culpa del socio o del controlante. ARTICULO 54. — El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o <u>de quienes no siéndolo la controlen</u> constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.</p> <p>Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes <u>responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.</u></p>
<p>La Ley de Concursos y Quiebras , Ley 24.522 (1995).</p> <p>Art. 160.-Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso. Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo.</p> <p>Art. 161.-Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende: 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores. 2) <u>A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.</u> A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) Aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso. 3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.</p>
<p>Ley de Trabajo 20.744 (t.o. 1976)</p> <p>ARTÍCULO 30 (Subcontratación y delegación -Solidaridad). Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.</p> <p>Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones; copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social. <i>(según ley 25.013)</i></p> <p>ARTÍCULO 31 (Empresas subordinadas o relacionadas -Solidaridad). Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, <u>estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.</u></p>

En Argentina, ha sido el país latinoamericano que a expedido más normas a efectos de sancionar la utilización fraudulenta de la persona jurídica así tenemos que en el ámbito societario se establece como un factor de atribución de

responsabilidad civil “el dolo o la culpa” de los socios o quienes no siéndolo la controlen. Destaca por sobre todo la regulación expresa del controlante externo que magníficamente prevé la legislación societaria argentina y que permite alcanzar a quien no es socio ni administrador, pero muy bien controla a la persona jurídica sea por vínculos económicos, políticos o sociales.

La legislación societaria argentina se desmarca y deja muy atrás a la timorata legislación peruana y de manera contundente establece que la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. En estricto se está consagrando la responsabilidad civil del controlante de la persona jurídica prescindiendo del elemento subjetivo pues independientemente de la existencia de dolo o culpa, si en los hechos objetivamente la conducta de la persona jurídica está sirviendo para eludir el cumplimiento de normas de orden público y frustra derechos de terceros pues deberá imputarse los daños que ello genera a quienes tiene el control de la persona jurídica, puesto que última instancia ellos son responsables de ese actuar e incluso en muchos casos directos beneficiarios del mismo.

La legislación concursal argentina permite la extensión del concurso a los controlantes de la persona jurídica en los casos que ha efectuado actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores. También se extiende el concurso a toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

La legislación laboral argentina desde 1976 establece que en caso de los grupos de personas jurídicas serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social,

solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria. Esto a la postre desembocaría en la celebre solidaridad laboral que existe entre un grupo de personas jurídicas que cuentan con trabajadores comunes o del grupo.

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURIDICA EN BRASIL
<p>Código de Defensa del Consumidor del Brasil, Ley Nº 8078, del 11 de septiembre de 1990</p> <p><u>Artículo 28º.- "el juez podrá desestimar la personalidad jurídica de la sociedad cuando existiese detrimento del consumidor o mediare abuso de derecho, exceso de poder, infracción de la ley, hecho o acto ilícito o violación de los estatutos o contrato social. La desconsideración también será efectivizada cuando hubiere falencia, estado de insolvencia, cierre o inactividad de la persona jurídica provocada por la mala administración". El parágrafo 2 establece que las sociedades integrantes de grupos societarios y las sociedades controladas son subsidiariamente responsables por las obligaciones emanadas de este Código. Al respecto debemos indicar que el parágrafo 5 de la norma bajo comentario señala que podrá ser desestimada la persona jurídica, siempre que su personalidad fuera, de alguna forma, obstáculo al resarcimiento de perjuicios causados a los consumidores.</u></p>

En Brasil, si el juez detecta que la utilización fraudulenta de la persona jurídica está generando un detrimento del consumidor o mediare abuso de derecho, exceso de poder, infracción de la ley, hecho o acto ilícito o violación de los estatutos o contrato social puede imputar responsabilidad a los controlantes. Incluso se ha previsto que en los casos de las sociedades integrantes de grupos societarios y las sociedades controladas existe responsabilidad solidaria subsidiaria por los daños generados a los consumidores.

Se debe precisar que en todas las legislaciones antes citadas se establece de manera expresa o vía una interpretación sistemática que solamente responden por los daños generados por el control de la persona jurídica aquellos que realmente tenían el control efectivo y real del ente colectivo, quedando exentos de responsabilidad los socios que no intervienen en la administración o tienen poder de decisión de facto en el destino de la empresa.

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURÍDICA EN PERÚ

- El artículo 40º de la Ley General del Sistema Concursal, dada por la Ley Nº 27809, modificado por el artículo 14º del Decreto Legislativo 1050, establece que en los procedimientos de reconocimiento de créditos de origen laboral la Comisión podrá aplicar el principio de la primacía de la realidad, privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito.
- DU Nº 061-2009.- Los acreedores considerados como vinculados al deudor no podrán solicitar, en calidad de acreedores del mismo, que el deudor sea sometido a un procedimiento concursal de ninguna clase; dichos acreedores tampoco podrán votar en las Juntas de Acreedores que se celebren dentro del marco de un procedimiento concursal, cualquiera sea la materia que se trate. En tal sentido, sus créditos no serán computables para la determinación y cálculo de los quórums y mayorías exigidos, podrán asistir y emitir opinión en las Juntas de Acreedores.
- La Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716, señala que la autoridad administrativa en determinación de la verdadera naturaleza de las conductas investigadas tomará en consideración las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enervará el análisis que la autoridad efectúa sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.
- La apreciación económica de los hechos institución, mediante la cual se hace prevalecer sobre la apariencia contractual o la estructura formal la realidad. Esto es, se observa el sustrato ontológico (hecho imponible) y valorativo (elusión tributaria), y se aplica la norma que corresponda a esta conducta intersubjetiva conforme lo establece el artículo VIII del Texto Único Ordenado del Código Tributario.
- En el Pleno Jurisdiccional Laboral del 2008, los jueces de 29 Cortes Superiores del país establecieron que los grupos de empresas pueden asumir responsabilidad solidaria por el pago de beneficios laborales cuando hayan actuado con el objeto de burlar sus derechos laborales.
- Decreto Legislativo Nº 856, referido al alcance y prioridades de los créditos laborales
- Artículo I de la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, contempla el principio de veracidad

En el Perú, no está proscrita de manera expresa la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito civil, concursal, laboral o del consumidor. Empero, una interpretación sistemática del principio de primacía de la realidad puede salvar estos vacíos aunque no siempre con los resultados deseados ni la predictibilidad necesaria. Fernández Sessarego, entiende define a la utilización fraudulenta de la persona jurídica como el ejercicio disfuncional de sus privilegios y subjetividad por parte de los controlantes de la misma. A consecuencia de ello estos actos pueden estar viciados de invalidez¹⁸⁴. A su entender el artículo 78º del Código Civil Peruano debió contener el siguiente texto: “Excepcionalmente, la distinción entre la persona jurídica y sus miembros queda desestimada en caso de uso abusivo o fraudulento de la estructura formal de la persona jurídica. En tal supuesto son responsables los miembros que hayan utilizado tal estructura abusivamente o con fraude a la ley”.¹⁸⁵ De Belaúnde López de Romaña apoya ésta propuesta y sostiene que se justifica la autorización a los jueces para desestimar los efectos de la distinción de esferas jurídicas, en caso de abuso o fraude mediante la persona

¹⁸⁴ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Apuntes sobre el Abuso de la Personalidad Jurídica. En Gaceta Jurídica. Tomo 73-B. Lima. 1999.

¹⁸⁵ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. La Irrealidad del artículo 78 del Código Civil. Gaceta Jurídica. Tomo 51. Lima.1998.p. 37-A/41-A.

jurídica, técnica judicial que debe ser utilizada en forma subsidiaria, esto es cuando no haya otro remedio¹⁸⁶.

Hundskopf entiende que la sanción para la utilización fraudulenta de la persona jurídica será el despojo de la vestidura formal de la persona jurídica, con el objeto de responsabilizar directamente a sus miembros, cuando éstos hubiesen utilizado con fines ilícitos. Por su parte, Elías Laroza señala que el desconocimiento de la personalidad jurídica permite a los jueces no tanto dilucidar hechos cometidos por la sociedad, sino verificar aquellos actos irregulares perpetrados por sus socios o por una sociedad dominante, con el objeto de evitar la utilización de su cobertura formal en la comisión de delitos o lesión de intereses de terceros. Al levantarse el velo se hace posible que el juez conozca la realidad de las operaciones realizadas por los socios bajo la pantalla de la sociedad¹⁸⁷. Respecto a la justificación para llegar a levantar el velo de la persona jurídica Morales Acosta apuesta por cuatro instituciones: abuso de derecho, fraude a la ley, fraude contractual y daño a tercero.¹⁸⁸ Palmer Oviden nos recuerda que la sanción de esta situación jurídica, no implica el desconocimiento de los derechos de la sociedad como sujeto autónomo que no se agota en lo meramente patrimonial¹⁸⁹. Seone Linares por su parte repite las clásicas ideas de Serick, concluyendo que en el Perú no existen mecanismos para evitar que se utilice la persona jurídica para eludir la ley o defraudar a terceros, por lo que la regulación de esta institución es imprescindible¹⁹⁰. Sifuentes Domenack¹⁹¹ señala que a través de la responsabilidad civil se puede sancionar la utilización fraudulenta de la persona

¹⁸⁶ Cfr. MUÑIZ-ALTERINI-SOTO. El Código Civil del Siglo XXI. T.I. Ediciones Jurídicas. Lima.2000.p.257/9

¹⁸⁷ ELÍAS LAROZA, Enrique. Ley General de Sociedades. Fascículo Primero. Normas Legales. Lima. 1998. p. 32. Cfr. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Las personas jurídicas con fin económico. Revista Jurídica del Perú. Año LI No 24.Normas Legales. Lima.2001.p.95

¹⁸⁸ MORALES ACOSTA, Alonso. Título Preliminar del Anteproyecto de la ley general de la actividad empresarial. Gaceta Jurídica. Tomo 64-B.Lima 1999. p. 24/8.

¹⁸⁹ PALMER OLIDEN, Carmen Julia. Abuso de la responsabilidad por los socios de la sociedad anónima. Gaceta Jurídica. Tomo 80-B. Lima. 2000. p.33-47.

¹⁹⁰ SEONE LINARES, Mario. Personas Jurídicas. Cultural Cuzco. Lima. p.66-71.

¹⁹¹ Cfr. SIFUENTES DOMENACK, Hugo. Algo sobre la nueva Ley de la Empresa: El levantamiento del Velo Jurídico. En revista Themis. No 38. Lima. 1998.

jurídica, de igual opinión Carmino Castagno¹⁹². Dobsón ya había manifestado que los caminos para alcanzar solucionar este problema son múltiples y disímiles.

En los últimos años en el Perú, el interés por la utilización fraudulenta de la persona jurídica ha ido en aumento como lo demuestran las siguientes obras: Sonia Torres Muñoz con “El levantamiento velo societario” (2004), Carlos Quiroz Periche con “El uso abusivo de la responsabilidad limitada. Protección de los acreedores de una Sociedad Anónima frente al uso abusivo de la responsabilidad limitada de los socios sin afectar la subjetividad jurídica de la sociedad” (tesis, 2004)¹⁹³, Fernando de Trazegnies Granda con “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje” (2005)¹⁹⁴, Cristina Chang Yong con su artículo “la responsabilidad de los accionistas por deudas tributarias: el levantamiento del velo societario en el derecho tributario” (2006),¹⁹⁵ María Elena Guerra Cerrón con “El Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima” (2007)¹⁹⁶, Giancarlo Torreblanca Gonzales, El Levantamiento del Velo Societario (2007)¹⁹⁷; Rony Saavedra Gil con “La aplicación del levantamiento del velo societario en el Perú” (2008)¹⁹⁸ y Oswaldo Hundskopf

¹⁹² CARMINO CASTAGMO, José. Las doctrinas de la penetración y redhibición de la personalidad societaria a la luz de la teoría general del negocio jurídico. En Revista del Notariado año LXXVII-No 735. Buenos Aires. 1974.p.361 y sgtes.

¹⁹³ Algunas de cuyas conclusiones se pueden observar en el artículo del citado autor titulado Teoría del Levantamiento Societario. ¿Es aplicable en el Derecho Peruano”. Publicado en Normas Legales. Doctrina, Jurisprudencia, Actividad Jurídica. Tomo 339, Vol. II, Editora Normas Legales S.A.C., Agosto de 2004, Trujillo, p. 49-54, 223. Publicado también en el web site del Estudio Jurídico Torres y Torres Lara, de Lima. Sección Artículos Legales, Derecho Comercial.

¹⁹⁴ De Trazegnies Granda, Fernando. El Rasgado del Velo Societario dentro del Arbitraje, en Ius Et Veritas, Año XIV, N° 29, Lima- Perú.2005

¹⁹⁵ Chang Yong, Cristina. “La responsabilidad de los accionistas por deudas tributarias: el levantamiento del velo societario en el derecho tributario” (2006). En: http://www.ipdt.org/editor/docs/06_IXJorIPDT_CCHY.pdf

¹⁹⁶ Guerra Cerrón, Jesús María Elena. Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú [en línea]: http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2007/guerra_cj/html/index-frames.html

¹⁹⁷ Torreblanca Gonzales, Giancarlo. El Levantamiento del Velo Societario Revista de la Facultad de Derecho. En: http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev_derecho/REVISTA08/20-217_11_GTorreblancaG01.pdf

¹⁹⁸ Saavedra Gil, Rony. “La aplicación del levantamiento del velo societario en el Perú”. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho. Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo-Perú. 2008.

Exebio con “la aplicación de la figura del levantamiento del velo societario” (2009).¹⁹⁹

3.2. DEFINICIÓN DE LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE LA PERSONA JURÍDICA

La utilización fraudulenta de la persona jurídica se define como aquella situación en la cual los controlantes de un ente colectivo se aprovechan de los privilegios de esta institución para cometer actos fraudulentos contrarios normas de orden público y las buenas costumbres. La doctrina que combate estas conductas ilícitas es conocida bajo los nombres del levantamiento, corrimiento, penetración, desestimación, superación, prescindencia, limitación, redhibición, inoponibilidad y allanamiento de la persona jurídica. El derecho sanciona estas conductas aplicando la norma imperativa o de orden público que se intentó eludir independientemente de considerarse invalido el acto jurídico en fraude a la ley y la responsabilidad civil y penal que se derive. En ese sentido, la responsabilidad por el acto fraudulento no sólo será de la persona jurídica, sino que también recaerá en los controlantes de la misma.

La utilización fraudulenta de la persona jurídica supone determinar, si se está utilizando disfuncionalmente el ente colectivo, esto es si se están valiendo de su estructura formal para realizar actos ilícitos. Ello implicará aplicar el principio de primacía de la realidad con el cual podamos examinar los verdaderos intereses que se ocultan detrás de determinados actos jurídicos realizados mediante la persona jurídica²⁰⁰. En síntesis, se imputa a los controlantes, las consecuencias que normalmente sólo debió asumir la persona jurídica, siempre y cuando se constate fraude a la ley, abuso de derecho, fraude contractual o daño a tercero²⁰¹.

¹⁹⁹Hundskopf Exebio, Oswaldo. La aplicación de la figura del levantamiento del velo societario. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 126. Marzo Año 14. Lima- Perú. 2009

²⁰⁰Cfr. DE ÁNGEL YAGUES, Ricardo. La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia. Editorial Civitas S.A.4ta Ed. Madrid,1997. p.44

²⁰¹Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. La Personalidad Jurídica Societaria. Editorial Heliasta S.R.L.. Buenos Aires, 1994. p.65

La utilización fraudulenta de la persona jurídica implica la instrumentalización de un ente colectivo,²⁰² a consecuencia del control corporativo, para la comisión de un fraude a la ley, abuso de derecho, fraude contractual²⁰³ o daño a terceros.²⁰⁴ La principal reacción contra este acto fraudulento es que los controlantes (persona natural o jurídica) serán directamente responsables por el mismo además de la persona jurídica aunque esta última puede repetir contra su controlante.²⁰⁵ Otras consecuencias de la aniquilación del acto fraudulento son las siguientes: a) aplicación de la norma imperativa que se ha intentado burlar, b) protección del legítimo interés lesionado, c) imputación directa de responsabilidad jurídica a los controlantes (persona natural o jurídica), d) la extensión del concurso, e) la capitalización de créditos vinculados, f) suspensión del derecho de voto de los créditos vinculados,²⁰⁶ g) subordinación de créditos vinculados, h) carácter persecutorio del crédito laboral, i) solidaridad laboral, j) efectos anulatorios del acto jurídico fraudulento. Es importante enfatizar que sólo se imputa responsabilidad a los controlantes que ocasionaron el acto fraudulento dejando indemne al resto de socios aunque la sociedad si responderá por el daño ocasionado a terceros quedándole la opción de repetir contra el controlante responsable del acto ilícito.²⁰⁷

3.3. RESPONSABILIDAD DEL CONTROLANTE INTERNO EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

El controlante interno en una persona jurídica es aquel que ejerce un control efectivo en el ente colectivo, normalmente en razón a que detenta una participación accionaria significativa o por ser titular de un órgano societario importante que le permite determinar la gestión de la sociedad comercial, piénsese en el caso de los directores, los accionistas importantes o el Presidente de

²⁰² LUDOVICO GULMINELLI, Ricardo. Ob. Cit. p.145/6.

²⁰³ Ejercicio irregular del derecho de constituir y conducir una persona jurídica con responsabilidad limitada.

²⁰⁴ Acreedores, trabajadores, el Estado, socios inocentes y la propia sociedad.

²⁰⁵ LUDOVICO GULMINELLI, Ricardo. Ob. Cit. p.145.

²⁰⁶ FERRO ASTRAY, José. Ob. Cit. p.101/105.

²⁰⁷ Cfr, RIVERA, Julio. Instituciones de Derecho Civil. T.II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. p.253.

Directorio. Por otra parte, el controlante interno de una persona jurídica no societaria, basa su control efectivo no solo por su calidad de órgano (miembro, presidente, vicepresidente, director, etc.) sino además en sus relaciones económicas, sociales y políticas con el resto de miembros y la comunidad. Recordemos que la mayoría de organizaciones sin fines de lucro son altamente personalistas, esto es sus miembros son identificados como la personificación de la organización, y en muchos casos por eso toman importantes decisiones de facto que en otras circunstancias merecían ser adoptadas a nivel de la asamblea general. Piénsese en el miembro sobre el que recae el liderazgo de la causa social que auspicia la organización, empero el mismo no tiene cargo directivo alguno ni manejo administrativo, pero instruye a los administradores para que efectúen determinados actos, sin que quede constancia escrita de ello. Empero los casos más complejos son aquellos que se refieren al ejercicio de cargos diferentes a los del consejo directivo o al de administrador, y se refieren a la asunción de “dirección de programas” que funcionan en los hechos como órganos de la persona jurídica, pero que no aparecen en la estructura formal del mismo, no obstante ello desde ese espacio una persona a estructurado su poder como controlante interno y dirige el accionar de la organización sin asumir responsabilidad al no ser quien suscribe formalmente las autorizaciones de gastos o ejecución de determinados actos.

Ahora bien aquí, debemos dejar constancia que el objeto de esta investigación son estrictamente los actos desplegados por la persona jurídica no contenidos en acuerdos de asamblea de miembros sino en la voluntad de facto que un miembro controlante hace prevalecer en la conducción de la persona jurídica. Este es el caso de un Presidente de Directorio que conduce la persona jurídica dando órdenes al Gerente General y dirigiendo en los hechos a la sociedad aunque no suscriba papel o autorización alguna.

Esta claro que el artículo 12º de la Ley General de Sociedades pone coto a los acuerdos societarios ilícitos: “los socios o administradores, según sea el caso,

responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que hayan experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimiten su objeto social y que la obliguen frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad pudiese corresponderle. La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social.” En el caso específico de la sociedad anónima el artículo 133º de la Ley General de Sociedades señala que **“el derecho de voto no puede ser ejercido por quien tengan, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad en dichas circunstancias el derecho de voto queda suspendido y no se computan dichas acciones para establecer el quórum.** El acuerdo adoptado sin observar lo dispuesto por este artículo es impugnabile de conformidad con lo dispuesto por el artículo 139º del mismo texto legal, y **los accionistas que votaron no obstante dicha prohibición responden solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados**”²⁰⁸. Por otra parte son impugnables los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a la Ley General de Sociedades, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.²⁰⁹ El votar en contra o abstenerse no exime de responsabilidad al socio frente a los actos en fraude a la ley mediante una persona jurídica. Así, lo entiende también Jakobs²¹⁰ y Gulminelli²¹¹ cuando resaltan el deber de denunciar una situación ilegal como un deber que está implícito en todo ordenamiento legal. No admitir esta premisa, significará que el socio con derecho a fiscalizar pueda con su silencio cómplice, ocultar una ilegalidad contribuyendo con su obrar omisivo a la consumación de la conducta antijurídica. Así, la obligación de denunciar irregularidades constituye un obrar no

²⁰⁸ Cfr. Rojas, Manuel Juan. El Derecho de Voto en la Sociedad Anónima. Editorial Jus. México.1945. p.193.

²⁰⁹ Artículo 139º de la Ley General de Sociedades.

²¹⁰ Jakobs, Gunther. Responsabilidad Penal de Adopción Acuerdos. En: Mir Puig, Santiago. Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto. Bosch. Barcelona.1966. pp.89-98

²¹¹ Gulminelli, Ludovico. Ob. Cit. pp. 286/7

cómplice ni culpable. Nuestra postura es acogida por el artículo 117º del Código Civil para el caso de la persona jurídica llamada comité. La mencionada norma prescribe que cualquier miembro del comité o del consejo directivo tiene el derecho y el deber de denunciar ante el Ministerio Público los acuerdos o los actos que violen disposiciones legales o estatutarias. No hallamos sustento lógico para no haber extendido dicha norma a las personas jurídicas societarias.

El Perú, con una tasa de desempleo que se estima pasa de 8,6% hasta 9,4% en el 2009, esto significa que entre 1,5 millones y 2,4 millones de personas se sumarían a los 15,7 millones de desocupados actuales, siendo en Lima Metropolitana más sombrío el panorama pues el número de desocupados aumentara de 338 mil a 400 mil este año y la tasa de desempleo pasara de 8,6% a 9,4%.²¹² En dicho contexto, el poder efectivo del controlante interno aumenta pues aún conocedores empleados, administradores o gerentes de las facultades legales que tienen los socios, directores o presidente del Directorio, obedecerán las ordenes y directivas que le impartan conociendo su poder decisorio sobre la contratación de personal o la renovación de contratos, así como su influencia en la marcha de la empresa, teniendo en cuenta para ello no solo su participación accionaria sino sus relaciones sociales, políticas y amicales con el resto de miembros del ente colectivo. Este controlante interno con poder real y efectivo es el que ninguna norma societaria o laboral ha regulado y es sobre el cual esta investigación enfoca su interés. Enfatizamos que este poder de facto no es disfuncional per se, sino natural en la realidad social y las relaciones humanas. Empero, postulamos su regulación para sancionar los casos en los que el ejercicio de este poder han traído perjuicio a la propia sociedad, a los otros accionistas, a los trabajadores, a los consumidores, a los acreedores, a terceros o al Estado.

²¹² León Torres, Azucena y otro. El Perú será uno de los países que resistirá mejor la crisis del desempleo este año. El Comercio. En: <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/html/2009-01-28/el-peru-uno-paises-que-resistira-mejor-crisis-desempleo-este-ano.html>

3.3.1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTROLANTES INTERNOS DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

EL DIRECTORIO

Es órgano colegiado encargado de la administración de la sociedad, por lo que tiene las facultades de gestión y representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto social²¹³ y los directores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal.²¹⁴ El artículo 177º de la Ley General de Sociedades señala que los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. El plazo de caducidad es de dos años²¹⁵. Empero, no se establece de manera expresa el supuesto en el cual un director que cause perjuicio a la sociedad, a los accionistas o terceros por abusar del status de su cargo al presionar a la administración de la empresa o al gerente general para que adopte determinadas decisiones con ropaje de fraudulentas. La realidad nos muestra que en la practica un director puede ejercer presión sobre la administración de una empresa y tener un determinado poder efectivo sobre la misma, ejemplo de ello se observa en las empresas públicas donde Alberto Quimper, en su calidad de Director de Perupetro presuntamente presionó a los comités de selección de esta empresa para favorecer a un postor (Discover Petroleum International). Este caso motivo una investigación contra el Presidente de Perupetro, Daniel Saba, el Presidente de PETROPERU, Cesar Gutiérrez y el Presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo por presuntas presiones en el comité de selección encargado del otorgamiento de la concesión de hidrocarburos a favor de la mencionada empresa. Este hecho fue puesto en conocimiento público debido a los denominados “petroaudios”, en octubre del 2008, y motivo un cambio de gabinete. No olvidemos las declaraciones en mayo

²¹³ Artículo 172º de la Ley General de Sociedades.

²¹⁴ Artículo 171º de la Ley General de Sociedades.

²¹⁵ Artículo 184º de la Ley General Sociedades.

del 2009 en que el Presidente del Directorio del Canal 7 (empresa del Estado) declaraba que él seguía las órdenes del Presidente de la República en el canal, olvidando la autonomía de la persona jurídica, que aparentemente estaba siendo subyugada por móviles políticos. No es nuestro interés ahondar en detalles de estos casos, sino solo evidenciar que los casos de controlantes internos y externos en una persona jurídica son situaciones cotidianas tanto en el ámbito público como privado y que reclaman ser sancionadas, sobre todo en escenarios distintos a las sesiones de directorio o asambleas generales donde rara vez queda constancia de un acto fraudulento.

RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR QUE TIENE CONTROL EFECTIVO DE LA GERENCIA GENERAL

El directorio en teoría se ocupa de delinear las políticas generales de administración, la gerencia realiza los actos de ejecución y gestión cotidianos de la sociedad, con la fluidez y rapidez necesarias y dentro del ámbito ejecutivo que se les asignó. Entre las atribuciones que ostentan resaltan las siguientes:²¹⁶ celebración y ejecución de actos y contratos dentro del objeto social; representación procesal de la sociedad; participación en las sesiones de directorio y juntas generales con voz y sin voto; actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada la administración de la sociedad se encarga a uno o más de los gerentes, socios o no, quienes la representan en todos los asuntos relativos a su objeto.²¹⁷ El artículo 190º de la Ley General Sociedades señala que los gerentes responden ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave. Además, el gerente es responsable, solidariamente con los miembros del directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de estos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la junta general.²¹⁸ El plazo de caducidad es de dos años²¹⁹. Es

²¹⁶ Artículo 188º de la Ley General Sociedades.

²¹⁷ Artículo 287º de la Ley General de Sociedades.

²¹⁸ Artículo 191º de la Ley General de Sociedades.

pertinente señalar que el gerente es particularmente responsable, por:²²⁰ la existencia, regularidad y veracidad de los sistemas contables; el establecimiento y mantenimiento de una estructura de control interno para proveer de seguridad a los activos de la sociedad; el ocultamiento de las irregularidades que observe en las actividades de la sociedad; la conservación de los fondos sociales; el empleo de los recursos sociales en negocios distintos del objeto social. Empero, en la práctica puede ser que un director pueda presionar al gerente general para que adopte determinadas decisiones amenazándolo de retirarle la confianza o proponer su destitución en el Directorio, o incluso al haber sido propuesto por el director “controlante”, el Gerente General de turno puede obedecer por temor a ser despedido o por amistad. En ese sentido, el caso del Director “controlante” de la persona jurídica no está regulado, y en la práctica es muy común, no solo en sociedades comerciales privadas sino en las que tiene participación el Estado, puesto que los Directores que conforman estas empresas adicionalmente suelen tener relaciones sociales y políticas que pueden influir para que la administración de la empresa se conduzca de determinada manera y aun violando su propias directivas internas o el estatuto. En estos casos, formalmente solamente respondería por los daños ocasionados el Gerente General, y no el Director “controlante” lo que a todas luces puede traer inconvenientes si el patrimonio de este último es insuficiente para hacer frente a los daños, o el mismo al ser un fantoche u hombre de paja del Director carezca de bienes para responder.

Sostenemos la necesidad de replantear la responsabilidad civil de los controlantes internos a la luz de los malos manejos en empresas públicas, que no deben hacernos perder de vista, que en el ámbito privado también ocurren malos manejos y los accionista, la sociedad y los acreedores necesitan tener garantías y contrapesos, el caso de Panamericana Televisión S.A., y la disputa entre supuestos accionistas y la creación de personas jurídicas en paralelo **(Panamericana Grupo Pantel y Panam Contenidos)** que tenían el control

²¹⁹ Artículo 197º de la Ley General de Sociedades.

²²⁰ Artículo 190º de la Ley General de Sociedades.

efectivo de los programas y publicidad revela que nuestra legislación societaria y laboral debe ser revisada y perfeccionada.

EL TITULAR, EL GERENTE Y SU RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

En el caso de la empresa de responsabilidad limitada, prevista por el Decreto Ley N° 21621, el titular de ésta responde en forma personal e ilimitada en los siguientes casos: cuando la empresa no esté debidamente representada; si hubiere efectuado retiros que no responden a beneficios debidamente comprobados o si producida la pérdida del cincuenta por ciento (50%). El artículo 52° del mencionado decreto establece que el gerente responde ante el titular y terceros por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus funciones. El titular será solidariamente responsable con el gerente de los actos infractorios practicados por éste, que consten en el libro de actas, si no los revoca o adopta medidas para impedir su efecto. El gerente será solidariamente responsable con el titular de los actos infractores, que consten en el libro de actas si no los impugna judicialmente dentro de los quince (15) días de asentada el acta respectiva, salvo que acredite no haber podido conocerla en su oportunidad. Las acciones contra la responsabilidad del gerente, prescriben a los dos (2) años, a partir de la comisión del acto que les dieron lugar. Nuevamente, resulta evidente que al controlante interno (titular) no se le responsabilizara por los actos de administración que ordene al gerente general que no consten en actas, pudiendo sólo entenderse el acreedor con la persona jurídica y el gerente general. Hundskopf pone en evidencia el control de las E.I.R.L: “la persona jurídica Restaurant Peña Surquillana E.I.R.L. que se encontraba bajo una situación de dominación de dominación por parte de la persona natural, señora Virginia Adriana Cruzado Delgado; situación de abuso de derecho, ya que la referida señora ha ejercido el derecho a la responsabilidad limitada que se le otorga como la titular de la persona jurídica, excediendo los límites de la buena fe; y, y respeto al principio

de subsidiaridad, ya que se ha agotado la vía existente para el reclamo de beneficios laborales.”²²¹

LA RESPONSABILIDAD DEL CONTROLANTE EN LA SOCIEDAD CIVIL

La sociedad civil puede ser ordinaria o de responsabilidad limitada. En la primera los socios responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales y lo hacen, salvo pacto distinto, en proporción a sus aportes. En la segunda, los socios no pueden exceder de treinta, no responden personalmente por las deudas sociales de conformidad con el artículo 295º de la Ley General de Sociedades. La Sociedad Civil por naturaleza congrega a un grupo determinado de profesionales, esto es médicos, ingenieros, abogados, biólogos, ingenieros, arquitectos, etc para efectos de constituir una empresa llámese consultora, un estudio, una clínica, un centro de capacitación, etc. El prestigio profesional de los miembros de la sociedad civil es fundamental para el éxito de la empresa puesto que sus clientes confían en la capacidad técnica de sus miembros más que en el capital que posea la persona jurídica. En ese contexto, el control interno de uno de los miembros de la sociedad civil puede sostenerse en el prestigio que tiene o las relaciones con los clientes actuales o potenciales, en ese sentido, pudiera aprovechar dicha situación para controlar la administración de la sociedad civil, lo que puede acarrear perjuicios a la sociedad, al resto de miembro o a los acreedores. Sostenemos que este controlante interno que tiene un poder efectivo sobre la administración de la sociedad civil responda por los daños que genere dicho control. Los nombres de los estudios de abogados o clínicas que normalmente empiezan por el profesional de mayor prestigio revelan también una posible relación de poder interno, cuya actual falta de regulación hace posible situaciones absurdas o injustas, pues en los hechos el poder de estos socios resulta obvio para los trabajadores de la sociedad civil.

²²¹Hundskopf Exebio, Oswaldo. La aplicación de la figura del levantamiento del velo societario. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 126. Marzo Año 14. Lima- Perú. 2009. p. 169.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTROLANTES INTERNOS EN LAS ASOCIACIONES, COMITÉS Y COOPERATIVAS

Los miembros de una asociación y comité son responsables únicamente por el monto de su aporte (artículo 78º del Código Civil). En el caso de las asociaciones donde los asociados desempeñan cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición (artículo 93º del Código Civil). En el caso de los comités los miembros del consejo directivo son responsables solidariamente de la conservación y debida aplicación de los aportes recaudados a la finalidad anunciada (artículo 118º del Código Civil). Sostenemos que en los casos en que se evidencie la existencia de un controlante interno viene entrometiéndose en los asuntos de administración de la persona jurídica no societaria esta debe responder por los daños que halla generado ese control. Reiteramos que en este tipo de personas jurídicas se constata el personalismo de algunos miembros identificados con la persona jurídica que en la práctica tienen el poder de los caudillos e intelectuales de las organizaciones sin fines de lucro cobran un relieve fundamental en el destino y políticas del ente colectivo pese a que en muchos casos no detentan cargos de administración o son miembros del consejo directivo. El carisma, las relaciones políticas, culturales y sociales son factores que pesan para que estos miembros sean controlantes internos de la persona jurídica e impongan en la realidad su voluntad, no necesitando plasmar en documentación u ostentar un cargo directivo.

En el caso de las cooperativas la responsabilidad de los socios está limitada al monto de sus aportaciones suscritas y la persona que adquiera la calidad de socio responderá con sus aportaciones, conjuntamente con los demás socios, de las obligaciones contraídas por la cooperativa, antes de su ingreso en ella y hasta la fecha de cierre del ejercicio dentro del cual renunciaré, o cesaré por otra causa (artículo 20º y 21º del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, aprobado por el Decreto Supremo N° 074-90-TR). La responsabilidad solidaria de

los miembros del consejo de administración y de los comités alcanza: al Gerente: por los acuerdos que le corresponde ejecutar, salvo que deje constancia de su discrepancia y objeciones antes de ejecutarlos. El gerente responderá ante la cooperativa, por: a) los daños y perjuicios que ocasionaré a la propia cooperativa por el incumplimiento de sus obligaciones, negligencia grave, dolo o abuso de facultades o ejercicio de actividades similares a las de ella, y por las mismas causas, ante los socios o ante terceros, cuando fuere el caso; b) la existencia, regularidad y veracidad de los libros y demás documentos que la cooperativa debe llevar por imperio de la ley, excepto por los que sean de responsabilidad de los dirigentes; c) la veracidad de las informaciones que proporcione a la asamblea general, al consejo de administración, al consejo de vigilancia y a la presidencia; d) la existencia de los bienes consignados en los inventarios; e) el ocultamiento de las irregularidades que observare en las actividades de la cooperativa; f) la conservación de los fondos sociales en caja, en bancos o en otras instituciones y en cuentas a nombre de la cooperativa; g) el empleo de los recursos sociales en actividades distintas del objeto de la cooperativa; h) el uso indebido del nombre y/o de los bienes sociales; i) el incumplimiento de la ley y las normas internas. A los miembros del consejo de vigilancia por los actos fiscalizables que éste no observare en la forma y en el término que establezca el estatuto, a menos que dejen constancia oportuna de sus objeciones personales (artículo 33º del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas). No se contempla en la regulación de cooperativas al controlante interno si bien de manera genérica se contempla la sanción para los miembros que asuman un acuerdo que ocasione daño al ente colectivo, los miembros o terceros, pero todo se circunscribe en el ámbito de la asamblea de socios, mas no en los casos en que fuera de ella el socio puede ejercer un control efectivo en la marcha de la cooperativa sin que deje constancia documentaria de dicho poder, aunque su autoridad y poder no sea cuestionada por la administración de la cooperativa. Esta organización colectiva históricamente sea vinculada a temas sociales y políticos, lo cual también puede generar relaciones de poder internas, que posibiliten a miembros con liderazgo o

con relaciones económicas, amicales o políticas suficientemente fuertes como para influir en la conducción de la cooperativa.

La regulación del controlante interno de la persona jurídica societaria es un tema abordado por el artículo 10.12 del Tratado de Libre Comercio según el cual se le puede denegar beneficios del TLC a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de dicho inversionista, **si personas de un país que no es Parte son propietarias o controlan la empresa y la Parte que deniega los beneficios:** (a) no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o (b) adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte o una persona del país no Parte que prohíbe las transacciones con la empresa o que serían infringidas o eludidas si los beneficios del TLC se otorgan a esa empresa o a sus inversiones. En ese sentido, una Parte puede denegar los beneficios del TLC a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de ninguna de las Partes, salvo la Parte que deniega los beneficios, y personas de un país que no es Parte, o de la Parte que deniega, sean propietarias o controlan la empresa.

3.4. RESPONSABILIDAD DEL CONTROLANTE EXTERNO Y LA ADMINISTRACIÓN DE HECHO EN LAS PERSONAS JURÍDICAS SOCIETARIAS Y NO SOCIETARIAS

El controlante externo de la persona jurídica no se encuentra contemplado por la regulación societaria ni la no societaria, y lo peor es que su el abuso de su control o dominio sobre una persona jurídica con el fin de realizar actos fraudulentos tampoco está sancionado, lo que evidentemente está creando el ambiente ideal para la proliferación de fraudes e impunidad. Recordemos que hoy, la “criminología admite que existe una criminalidad de empresa o corporativa, a tal punto que en el derecho comparado, se pone de manifiesto que la trascendencia social y criminológica de esta criminalidad se ha puesto en evidencia cuando estudios científicos demostraron que una gran cantidad de los delitos que se

perpetran en la sociedad han sido cometidos en el seno de la empresa económica; y que un estudio hecho por el Max-Planck Institut en Alemania puso en evidencia que el 80 por ciento de los delitos que se cometieron en ese país eran cometidos desde y en el seno de una empresa; que los costos económicos y sociales de esta delincuencia, sin duda, desplazan en importancia a la llamada criminalidad clásica.”²²²

Urtecho Benites, da cuenta lo que por años venimos denunciando,²²³ “el auge de la criminalidad de la empresa en nuestro país y en el mundo, a través de quienes, de facto, esto es, como administradores de hecho, actúan a nombre de la empresa, ocultando detrás de los “representantes legales” – que son usados como testaferros o fiduciarios-, siendo aquellos los autores del delito, los que verdaderamente manejan la empresa y deciden los destinos de la misma.” Agrega: “ uno de los casos –como botón de muestra- más alarmantes en nuestro país, de delincuencia empresarial a través del administrador fáctico o personaje “oculto”, dueño de la empresa, escudándose detrás de un “testaferro”, a quien hizo aparecer como Gerente, sin que aquel lo sepa, fue materia de un reportaje publicado en el diario “Liberación”, en su edición del 27.01.00, páginas 12 y 13, que lo destaca con singular objetividad, con el título: “EL CHOFER QUE PAGÓ EL PATO” (el chofer ingenuo que cargó con la culpa de su jefe), que a su vez encabeza el resumen siguiente: “Pelayo Baldeón Palacios fue chofer de Martín Picasso Candamo. Un día, su jefe le dijo que firmara un papel, que se trataba de un papeleo sin importancia. Lo que estaba haciendo, en realidad, era transferirle una empresa que debía millones en impuestos. Hoy a Pelayo Baldeón Palacios lo persiguen la SUNAT y la SUNAD. Y las notificaciones le llegan al Sector 4 de Villa El Salvador.” Graficando aún más el problema, la misma publicación usa la siguiente leyenda al pie de una fotografía: “Sorprendido Martin Picasso Candamo.

²²²Urtecho Benites, Santos Eugenio. Criminalidad de la Empresa. Forum Casa Editorial. Lima-Perú. 2006. p. 37

²²³Carhuatocto Sandoval Henry. La utilización fraudulenta de la persona jurídica. Juristas Editores. Lima- Perú. 2005.

Habilidades innatas para eludir responsabilidades. La cómoda práctica de trasladarlas a humildes trabajadores.”²²⁴

Urtecho Benites, continua señalando que “obviamente, en la legislación peruana actual, en caso como el señalado, el castigo no podrá ser contra los que tienen el el mando fáctico empresarial y verdaderamente manejan la empresa comprometida en el obrar delictual, porque el actual texto del artículo 27 del Código Penal peruano, que regula la responsabilidad penal del administrador de derecho con la regla del “actuar por otro”, no incluye el administrador de hecho, por lo cual su actuar delictuoso en el manejo de la empresa queda en la impunidad; asimismo, en el artículo 27º se omitió considerar a los apoderados o representantes voluntarios de las personas jurídicas.” Y agrega: “ es mayor la impunidad de los delitos especiales de orden económico cuando son cometidos por los administradores de hecho empresariales, que son los verdaderos dueños de las empresas y quienes para sumir en la impunidad su actuar delictual usan como escudos a testaferros, a quienes ponen como accionistas de sus empresas, o como gerentes o miembros del Directorio; o también por los apoderados de las empresas, que igualmente actúan en su nombre y representación, sin que a ninguno de tales agentes se les pueda condenar, por no estar comprendidos en el artículo 27 del Código Penal.”²²⁵

Recordemos otro caso de utilización fraudulenta de una persona jurídica de parte de un controlante externo, es el caso de Vladimiro Montesinos, que mediante un pago mensual a los directivos del **Canal 4**, sometió a esta persona jurídica al gobierno de Alberto Fujimori. El ex asesor presidencial también corrompió a Julio Vera Abad y Daniel Borobio, por el pago con fondos públicos para el sometimiento del **Canal 9** al gobierno de Alberto Fujimori. No contento con ello, sometió al **Canal 2** a los designios del gobierno de turno, mediante un pago con fondos públicos a Mendel Winder y Samuel Winter, accionistas por entonces de la

²²⁴Urtecho Benites, Santos Eugenio. Ob. Cit. p. 39

²²⁵Urtecho Benites, Santos Eugenio. Ob. Cit. p. 40

mencionada persona jurídica, todos estos hechos son descritos con detalle en las Resoluciones 03 y 04 del Expediente N° 11-01, R.N. N° 2674-2004 en los denominados Casos de los “Vladivideos”.²²⁶

El caso de los “diarios chicha”, que constan en las Resoluciones 08, 09 y 10 del Expediente N° 030-2001: Expediente N° 1205-2005, es otro típico caso de control externo de una persona jurídica, y se configuro cuando Vladimiro Montesinos Torres efectuó el pago con fondos públicos para el sometimiento de los periódicos “El Chino”, “El mañanero”, “La Chuchi”, “El Tío”, “El Chato”, entre otros, al gobierno de Alberto Fujimori. En estos casos se hizo tercero civilmente responsable a las personas jurídicas involucradas, veamos como:

“2. Que establecida la vinculación de los procesados con las personas jurídicas incorporadas como terceros civiles responsables, por su posición de garantes respecto de aquellos, resultan obligadas a responder por los actos efectuados por sus accionistas y/o propietarios que se relacionen o vinculen con su objeto social.

3. Que como lo señala el artículo 95º del Código Penal, la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente responsables, comprendiendo, de acuerdo a lo que contiene el artículo 93º del acotado: a) la restitución del bien, o, si no es posible, el pago de su valor; y, b) la indemnización de los daños y perjuicios.

4. Habiéndose probado: Que la empresa Editora e Impresora El Gigante S.A.C., Empresa Internacional PRESS CO S.A.C., Empresa Editora Americana S.A., y Empresa Editora Sport S.A., de acuerdo a las pericias contables y anexos ya examinados, (...); han adquirido bienes y/o incremento su capital, sin declarar el origen del dinero que usaron, obvio es concluir que el mismo provino de los fondos públicos que manejó Montesinos Torres como se ha detallado in extenso en esta sentencia; por

²²⁶Barandiarán, Roberto / Nolasco, José Antonio. Jurisprudencia Penal generada en el Subsistema Anticorrupción. Tomo I. Palestra. Lima- Perú. 2006.

lo que resultan obligados a restituir lo indebidamente ingresado solidariamente con el pago de la indemnización señalada.”

Esta sentencia evidencia la necesidad que tienen ciertos magistrados a vincular el beneficio efectivo de la persona jurídica del delito por sobre su instrumentalización de la misma para fines ilícitos, lo cual es un parámetro muy limitado que como veremos más adelante puede traer *problemas*.

3.5.CASUISTICA DE LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURÍDICA

El fenómeno de la utilización fraudulenta de la persona jurídica es una consecuencia del poder social, que usualmente es una estrategia diseñada para eludir obligaciones convencionales y legales por personas o grupos pertenecientes a las elites del poder económico. De ahí que resulte ilustrativo, lo dicho por Robert Greene y Joost Elffers, en su libro “Las 48 leyes del poder” explican que una de esas normas consiste en “mantener sus manos limpias”, para lo cual “es necesario que, en todo momento, usted aparezca como paradigma de corrección y la eficacia. Sus manos nunca se ensuciarán por ilícitos o descuidos. Mantenga esa apariencia impecable, utilizando a otros como testaferros o pantallas para ocultar, cuando se necesaria, su participación personal en hechos de esta índole.”²²⁷ Y agrega: “nuestro buen nombre y nuestra reputación dependen más de lo que ocultamos que de lo que revelamos. Todo el mundo comete errores, pero quienes son realmente hábiles y sagaces se las arreglan para ocultarlos y hacer que otros carguen con la culpa. En tales momentos, siempre se debiera tener a mano un oportuno chivo expiatorio.”²²⁸ Y es justamente la utilización fraudulenta de la persona jurídica, una de las formas mediante la cual logran dicho propósito, tal y como a continuación veremos.

²²⁷ Greene Robert y Elffers Joost. Las 48 Leyes del Poder. Editorial Atlantida. Lima- Perú. 1999. p. 258

²²⁸ Ibidem. p. 259

3.5.1. LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La utilización fraudulenta de la persona jurídica en la mayoría de casos encubre situaciones de fraude a la ley, esto es se quiere saltar el cumplimiento de normas de orden público tales como normas de contrataciones y adquisiciones del Estado o tributos. En ese sentido, se aprovecha los atributos del ente colectivo para efectos de eludir los efectos de una ley, teniendo como normas de escudo o cobertura, a los dispositivos legales que regulan a las personas jurídicas. El ente colectivo así se convierte en una pantalla que permitirá al controlante, eludir normas que debió obedecer y que el mismo no encontró mejor forma de desacatar que refugiándose en la estructura formal de la persona jurídica. En apariencia formal se puede burla una norma, pero ontológicamente la norma siempre produce efectos, siendo el incumplimiento de la misma, una de las formas de revelar su existencia y vigencia.

El controlante interno o externo de una persona jurídica puede instrumentalizar a la misma para promover un fraude a la ley, sin siquiera incurrir en las responsabilidades establecidas por el Código Civil o la legislación societaria, al actuar fuera del ámbito de una asamblea general, sesión de directorio y sin ocupar cargo directivo alguno, tan sólo tirando de los cordeles invisibles que en la realidad puede definir el destino del ente colectivo. Este es el caso del Gerente General de una empresa pública, que quiere contratar a su hijo (abogado), empero debido a las normas de nepotismo vigentes, no puede hacerlo, entonces ordena a su hijo constituir un estudio jurídico (sociedad civil), luego de lo cual contrata al estudio, y de esta forma burla aparentemente las restricciones legales. En este caso las normas de cobertura que utiliza el controlante interno para evadir una norma prohibitiva son las normas que reconocen a la persona jurídica como sujeto autónomo formalmente de la voluntad de sus miembros.

Son celebres los ejemplos de las defraudaciones fiscales a través de los miembros de un grupo de sociedades, la utilización de la responsabilidad limitada de la

sociedad unipersonal con fines ilícitos, la fragmentación irregular de la responsabilidad civil de las empresas, la constitución de una sociedad para burlar los derechos expectaticios de los legitimarios entre otros. Se trata de casos de utilización fraudulenta de la persona jurídica, como normativa de cobertura, para eludir la aplicación de una norma de orden público, la adecuada al caso, consiguiendo un resultado contrario al dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Los casos de fraude a la ley en el ámbito de las personas jurídicas tienen como constantes la existencia de un controlante interno o externo, la existencia de una sociedad controlada, sociedades vinculadas o un grupo económico, a lo que se suma el factor: “actuación fraudulenta”. No negamos supuestos dudosos en los que el controlante sin intención este eludiendo normas de orden público, empero la intención no es un factor determinante para la configuración del fraude a la ley. El ordenamiento jurídico ante el horror que le produce la evasión (consciente o inconsciente) de normas imperativas o de orden público reacciona anulando el acto jurídico fraudulento y aplicando la norma que se intento eludir. Boldo nos ilustra sobre los casos más frecuentes²²⁹: a) notificación de actos procesales a sociedades vinculadas; b) la persona jurídica como mecanismo para ocultar patrimonio y eludir obligaciones alimentarias; c) cuando se pretende que no hubo requerimiento judicial, pese haberse notificado a la totalidad de socios, incluso al que hacía las veces de administrador, pues formalmente no se había notificado a la persona jurídica en su domicilio social; d) cuando se crea una sociedad de mera tenencia de los bienes de otra, para efectos de proteger estos bienes de los acreedores sociales de esta última.

El partido Nazi a principios del Siglo XX no actuó solo para gestar la toma del gobierno alemán sino que tuvo la colaboración de un sector del empresariado principalmente banqueros e industriales que tenían vínculos con accionistas americanos, franceses e ingleses. Ello daría lugar a los juicios a los ejecutivos

²²⁹ Boldo Roda, Carmen. La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español. En Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Depalma. Bs. As. 1997. p.51/2.

empresariales implicados en los crímenes nazis y entre los que figura el caso del Cartel IG Farben, formado por Bayer, Hoechst and BASF, en el que el fiscal responsable de estos nuevos procesos Telford Taylor, procesaría a 24 altos directivos alemanes de dicho Cartel internacional como cargos principales por planificación, preparación, e iniciación de una guerra de agresión e invasión de otros países. Así IG Farben no sólo habría sido la organización matriz de la filial "IG Auschwitz" y por tanto responsable de la producción y suministro de las enormes cantidades del gas Zyklon-B utilizado para el exterminio de millones de seres humanos en las cámaras de gas, sino que antes del estallido de la propia guerra y aún de la propia fase de nazificación de Alemania desde el aparato estatal-rehen, IG Farben sería el mayor de los financiadores industriales del partido nazi con la finalidad de que "las elecciones de 1933 fuesen las últimas", en lo que había quedado demostrado como voluntad de los directivos de IG del advenimiento de una dictadura mediante la conquista del poder por parte de Hitler que les permitiese actuar de modo que les permitiese alcanzar el control de la industria química europea y, de ser posible, incluso de fuera de Europa. IG marchó con la Whermacht, concibió un detallado plan para hacerse de ésta con la industria química de Austria, Checoslovaquia, Polonia, Noruega, Francia, Rusia y otros países. Téngase en cuenta que únicamente 35.616 acciones de IG, del total de las 324.766 de la compañía, estaban en mano de personas con residencia en Alemania, mientras que casi el triple de acciones de IG Farben, 86.671 estaban en manos de inversores de nacionalidad estadounidense y casi cinco veces más 166.100 estaban en manos de ciudadanos suizos; esto es más de un 80% del capital social entre ciudadanos de ambos países frente a algo más de un 10% alemán. Era evidente la conveniencia para algunas de las grandes organizaciones económicas en Alemania les era favorable un estado de excepción nazi, que impida la libre competencia.²³⁰ En este caso la forma de evitar que los controlantes de la persona jurídica se salgan con la suya, y se aprovechen de los beneficios obtenidos del gobierno fascista nazi era imputando responsabilidad a la

²³⁰ Cfr. Rodríguez Arias, Miguel Ángel. De Clausewitz a Enron: La guerra como prolongación del mercado por otros medios y el regreso del Cargo I de Nuremberg. En: [http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/12\)_De_Clausewitz_a_Enron_Rodriguez.pdf](http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/12)_De_Clausewitz_a_Enron_Rodriguez.pdf)

empresa matriz así como a los miembros que conocían las ilícitas actividades de las empresas subsidiarias y que se enriquecieron a costa de los delitos de los nazis. En ese sentido, Rodríguez Arias sostiene que resulta necesario traspasar el velo de la personalidad corporativa meramente aparente para descubrir la persona o personas que operaban tras ella ante determinadas situaciones lesivas y responsabilizarlas por los actos imputados a la entidad haciendo caso omiso de la personificación legal, se trataría ahora de tomar en consideración las dificultades y posibilidades de desarrollo de una tal modulación del instituto en el ámbito gubernamental, o más ampliamente institucional, tomando en consideración idénticas posibilidades de apoderamiento y control funcional de las instituciones nacionales, pero también internacionales precisamente en la línea del nuevo reclamo global de transparencia, lo que también aquí puede constituir instrumento necesario para la obtención de soluciones ajustadas a la justicia material.²³¹ Esto quiere decir que se puede aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo a las personas jurídicas públicas o estatales como por ejemplo los partidos políticos, entidades estatales, y el propio Estado que pueden ser instrumentalizados con fines ilegales como ocurrió con el Partido Nazi, la Gestapo y todo al aparato estatal de Alemania durante el gobierno de Hitler. En los Juicios de Nuremberg justamente se busque condenar a los que tuvieron bajo control a estas instituciones y a través de ellas delinquieron o se beneficiaron ilícitamente. En ese sentido, importaba saber quiénes eran los controlantes del aparato estatal y las empresas que colaboraron interesadamente con el régimen nazi. Claro está que el levantamiento del velo corporativo esta vez servirá para imputar crímenes comunes, de guerra o de lesa humanidad como ocurrió en los juicios de Nuremberg o recientemente en los juicios al ex presidente Alberto Fujimori y a su asesor Vladimiro Montesinos.

La idea es que quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo Estatal o supraestatal, quién tiene el dominio real de la decisión sobre del mismo pudiendo lesionar derechos humanos, no se sustraiga de la grave de los delitos y

²³¹ Ibidem

responda por ellos, quedando impedido de invocar la apariencia formal de existencia de una persona jurídica estatal, paraestatal o privada responsable. Si la persona dominante aparece como «la cabeza y el cerebro» de la organización aunque formalmente no ostente cargo alguno deberá responder por los actos que realice en el ejercicio del control de la persona jurídica.²³²

La utilización fraudulenta de personas jurídicas estatales para perpetrar violaciones sistemáticas de los derechos humanos mediante actos de la gravedad del desencadenamiento de guerras de agresión, crímenes contra la humanidad y otros supuestos semejantes son supuestos típicos del levantamiento del velo corporativo, que actúan según los intereses de los controlantes que la tienen en situación de cautividad institucional sometida al control de facto de actores privados extraordinariamente poderosos y por tanto al procesamiento de los controlantes que no son funcionarios públicos.²³³ Me explico, si se demuestra que una persona jurídica pública es controlada por privados estos deben responder por los actos que la misma realice bajo su control, en forma solidaria con los funcionarios públicos implicados y la persona jurídica esto último cuando corresponda.

Una hipótesis sobre la teoría del levantamiento del velo que la doctrina ha empezado a desarrollar, es la del control del aparato gubernamental por parte de corporaciones (matriz o filial) para efectos de favorecer políticas económicas o condiciones en los concursos públicos que las favorezcan. En ese sentido, el controlante de una persona jurídica pública puede terminar siendo una corporación privada que la puede encaminar a determinados actos ilícitos y que pueden eventualmente afectar los derechos fundamentales de una población. Este sería el caso de un órgano estatal que otorga concesiones y que no solo favorece a un determinado consorcio sino que obvia el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas para entregar más rápidamente la concesión prometida. No

²³² Cfr, Ibidem

²³³ Cfr, Ibidem

siempre mediaran actos de corrupción sino en ocasiones la promesa de inversión en la zona esta importante que el ente estatal flexibiliza los estándares establecidos para que esta empresa obtenga en tiempo record la concesión.

Távora reflexiona y señala que la corrupción como el reemplazo de “la mano invisible” del mercado por “la mano codiciosa” (the greedy hand) del funcionario público o del político, trae como consecuencia las denuncias acompañadas de un discurso antiestatista que transmite un mensaje claro: “el Estado es poco menos que el robo organizado, y por tanto la mejor manera de combatir la corrupción es reducir el Estado a su mínima expresión”. Y remata Távora: “según el diccionario, corromper, es alterar y trastocar la forma de algo, echar a perder, depravar, dañar, pudrir, sobornar a alguien con dadas o de otra manera. En efecto, se puede corromper el Congreso y las leyes que promulga, cambiando su sentido final que es el bien común para favorecer a 25 personas en lugar de los 25 millones de peruanos.”²³⁴ Sin embargo, la corrupción de los últimos años, ha dejado en evidencia que el poder económico (grupos económicos y empresas transnacionales) esta moldeando el poder político de las naciones del mundo, de ahí que actualmente los politólogos, hagan referencia a “la captura del Estado” por parte de poderosos grupos económicos”.²³⁵

“El temor al Estado Leviatán y a la “mano codiciosa” del funcionario corrupto, se ve opacado frente al rol pernicioso de grupos que concentran el poder económico, pervierten las instituciones y frenan el proceso de desarrollo. Desde esta perspectiva, el problema central es la conspiración de empresas con funcionarios públicos para obtener beneficios indebidos en perjuicio de los ciudadanos, y la “captura del Estado” como decisión estratégica de agentes económicos vinculados

²³⁴ Távora, José. La captura del Estado y la persistencia de la corrupción como desafíos de la democracia. En: Ugarteche, óscar (compilador). Vicios Públicos, poder y corrupción. SUR Casa de Estudios del Socialismo. Lima- Perú. 2005. p.200-1

²³⁵ Ibidem

al poder político. Al respecto, Távara anota que es posible distinguir tres tipos de relaciones entre el Estado y las empresas o grupos de empresas:²³⁶

- a) El primer tipo se conoce como la “**captura del Estado**”, y se refiere a actividades dirigidas a configurar la formación de las reglas básicas de juego, “a través de pagos privados ilícitos y oscuros a funcionarios públicos”. Las reglas pueden tomar forma de leyes, decretos, resoluciones, reglamentos y, a un nivel más general, la propia Constitución, que regula el proceso de formación y cambio en las reglas de juego.
- b) El segundo tipo comprende aquellas actividades orientadas a promover intereses privados, dirigidas a influir en la formación de las reglas de juego pero “sin utilizar pagos privados ilícitos y oscuros.” Estas actividades de **lobby** o cabildeo son “el pan de cada día” y tienen legitimidad en las sociedades democráticas, en la medida en que expresan el patrocinio que los agentes económicos realizan de sus propios intereses privados. Por tanto no configuran casos de corrupción cuando existe transparencia debida y se haga público.
- c) El tercer tipo de relaciones comprende todas las manifestaciones de **corrupción administrativa** y se refiere a aquellos casos de “pagos privados a funcionarios públicos para distorsionar la prescrita implementación de reglas y políticas oficiales”. Pueden destacarse, por ejemplo, los sobornos en contratos públicos, la evasión fiscal, la elusión de reglamentaciones, el acceso privilegiado a prestaciones del Estado, la influencia en resultados del proceso jurídico y administrativo, entre otras formas conocidas de corrupción. Lo más importante a destacar, es que este tercer tipo de relaciones no afecta la formulación de las reglas de juego sino su aplicación o implementación. La corrupción está asociada al incumplimiento o transgresión de las reglas de juego, leyes, resoluciones, decretos, etc.”²³⁷

La influencia y dominación de empresas importantes en los órganos del Estado ha sido evidente en los megaproyectos de los países sudamericanos y en el Perú,

²³⁶ Ibidem. p. 202

²³⁷ Ibidem. p. 203

muchos expertos han denunciado que este ha sido el caso del Proyecto de Camisea y la Carretera Interoceánica en los cuales se obviaron los procesos de participación ciudadana, consulta previa a las poblaciones indígenas y se flexibilizaron notablemente los procesos administrativos, lo que se está repitiendo en el caso del Proyecto de la Hidroeléctrica de Inambari. Si producto de estas omisiones se produjeran lesiones a los derechos humanos no solamente debería responder la autoridad estatal que debió velar por que se siguieran los procedimientos administrativos adecuados sino, siempre que se pruebe, las personas jurídicas que presionaron para que se les otorgue en estas condiciones las concesiones deberán responder por los daños causados.

Ahora bien puede ocurrir también que órganos estatales técnicos debido a las presiones políticas del ente rector del sector u otros entes de peso político terminen siendo controlados en la emisión de sus opiniones técnicas, lo que a la postre puede generar lesiones a derechos fundamentales, como sería el caso de la aprobación de estudios de impacto ambiental sin cumplir los cánones técnicos exigidos o la entidad supervisora inhibida por presiones políticas que a su vez pueden estar siendo dirigidas por la empresa interesada. En estos casos no solo deben responder los controlantes inmediatos de la persona jurídica pública (políticos involucrados) sino la empresa beneficiada y puntualmente sus miembros controlantes. El caso de los Petroaudios revelo que circunstancias como las narradas son perfectamente posibles y lamentablemente difícilmente de sancionar puesto que los controlantes suelen usar a terceros –tráfico de influencias- para conseguir sus propósitos tal como se ha constatado en el caso de Rómulo León, Alberto Quimper y Ernesto Arias Schreiber en el caso de Discovery Petroleum.

La utilización fraudulenta de la persona jurídica también es utilizada como una forma de eludir el cumplimiento de sanciones administrativas en el ámbito de contrataciones y adquisiciones del Estado, materia municipal, tributaria, laboral y del consumidor. La estrategia consiste en que los controlantes para evadir la sanción impuesta a su empresa constituyen otra nueva persona jurídica y siguen

operando como si nunca hubieran sido sancionados, eludiéndose la finalidad disuasiva de las sanciones administrativas.

3.5.2. FRAUDE A LA LEY, PERSONA JURÍDICA Y SOCIEDAD DE GANANCIALES

La sociedad conyugal puede regirse alternativamente por el régimen patrimonial de separación de bienes o el de la sociedad de gananciales. Esta última se presume si es que los cónyuges no manifiestan la primera opción mediante la forma prescrita por ley²³⁸. Respecto al régimen de sociedad de gananciales, esta permite la existencia de bienes propios de cada cónyuge²³⁹ y bienes de la sociedad²⁴⁰. Corresponde a cada cónyuge la administración del patrimonio social²⁴¹. Es por ello que en este régimen matrimonial, para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer salvo que uno de los cónyuges faculte al otro para realizar dichos actos, a tenor de lo dispuesto por el art. 315 del Código Civil. Las uniones de hecho propias también se rigen por este régimen (artículo 5 ° de la Constitución Política del Perú y el artículo 326° del Código Civil). En consecuencia, la sociedad de gananciales es la comunidad existente entre marido y mujer sobre los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, y las rentas o beneficios producidos también durante el matrimonio por los bienes propios de cada uno de ellos y por los sociales, correspondiéndoles a cada una la gestión de su propio patrimonio y a ambos la del patrimonio social, que debe responder al interés familiar.²⁴² Los

²³⁸ Art. 295 del Cod. Civil.

²³⁹ Art. 302 del Cod. Civil.

²⁴⁰ Art. 310 del Cod. Civil.

²⁴¹ Art. 313 del Cod. Civil.

²⁴² Dentro de la sociedad de gananciales ubicamos a los bienes propios de cada cónyuge y a los bienes sociales, esto exige una precisa determinación de cada adquisición para adscribir el bien a la masa patrimonial correspondiente, de allí que se deba tener presente lo siguiente: a) la época de adquisición: Son propios los bienes adquiridos antes del matrimonio por los cónyuges, o aquellos que, adquiridos después lo son por una causa o título anterior. Son sociales los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio o después de su disolución por una causa anterior; b) el carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones durante el matrimonio. Son propios las adquisiciones de bienes realizadas a título gratuito por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, tales como una herencia, legado o donación a su favor; c) el origen de los fondos empleados en las adquisiciones, aun tratándose de adquisiciones onerosas durante el

bienes propios, la regla es que cada cónyuge conserva la libre administración de estos y puede disponer de ellos o gravarlos. Los **bienes sociales**, por el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, se atribuye por igual a los cónyuges el poder doméstico y se exige la actuación conjunta de los mismos cuando se trate de actos que exceden de tal potestad. Finalmente, son **gananciales** los bienes remanentes después de efectuados el pago de las obligaciones sociales y las cargas cuando se liquida la sociedad de gananciales por sustitución de régimen²⁴³ o la disolución del vínculo matrimonial. Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos²⁴⁴.

3.5.6. LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA EVASIÓN TRIBUTARIA

En mayo del 2009, una Comisión Especial Investigadora del Congreso determinó que la empresa **Petro Tech** no cumplió con pagar el impuesto a la ganancia de capital en el Perú por su venta producida en EE.UU por el valor de US\$ 900 millones de dólares. La Comisión estableció que el monto que se debe recibir por ese impuesto era de US\$ 270 millones. Los nuevos accionistas de Petro Tech sostuvieron que el pago no procedía porque no existe legislación vigente sobre ventas de empresas peruanas en el extranjero. En Chile tampoco existía legislación sobre la venta de empresas en el extranjero, para zanjar este problema el Congreso de Chile aprobó Ley Num. 19.840 “**Normas Tributarias para que empresas con capital del exterior puedan efectuar inversiones desde Chile en el Extranjero**”, que establece el impuesto a la ganancia de capital a pagarse en Chile para toda empresa chilena vendida en el extranjero. Empero, dado que se trata de una renta de fuente peruana, la producida por la operación de transferencia indirecta de las participaciones del Contratista en el Contrato de concesión de la cual era titular Petro Tech, dicho negocio jurídico se encuentra

matrimonio, si ellos tienen su origen en el empleo de dinero o fondos propios, lo adquirido será propio por subrogación real.

²⁴³ Al régimen de separación de bienes.

²⁴⁴ Artículo 323° del Código Civil.

gravado por el Impuesto a la Renta y emerge, inevitablemente, la responsabilidad solidaria de los compradores –ECOPETROL y KNOC–, quienes debieron actuar como agentes fiscales para retener el monto del impuesto correspondiente, siendo responsables solidarios por el íntegro de dicho monto.²⁴⁵ Este es un típico caso de fraude a la ley utilizando el régimen de la persona jurídica se consigue eludir obligaciones tributarias alegando que la venta de acciones se produjo en un país externo. Sin embargo, los principales activos de la sociedad comercial estaban en el Perú, y eran estos justamente los que le daban valor sustancial a las acciones, la celebración del acto jurídico de transferencia en EE.UU. tenía el exclusivo propósito de evadir el pago de tributos al fisco peruano por la venta de una empresa peruana. Recordemos, que la empresa Petro-Tech titular de 11 lotes de hidrocarburos tiene problemas más serios que la mera evasión de pago de tributos pues esta involucrada en presunto tráfico de influencias y corrupción de funcionarios en procesos de selección, y sospechosamente su transferencia se produjo tras vestidos en pleno escándalo de la interceptación telefónica que revelaba estos presuntos ilícitos negociados. Ahora bien, hipotéticamente si se demuestra estos delitos, se podría anular las concesiones administrativamente, perseguir los ilícitos penales y buscar una reparación civil a favor del Estado a cargo de los involucrados. Se presume que la estrategia de venta de la empresa fue para proteger los activos de la persona jurídica cuyos nuevos accionistas podrían alegar el principio de tercero adquirente de buena fe, en consecuencia solicitar la no afectación de sus inversiones. Se estaría utilizando a todas luces a la persona jurídica como mecanismo defraudatorio para aprovechar los frutos de un delito de corrupción tras el manto de la buena fe del tercero adquirente-accionista. Sostenemos la inaplicación de dicho principio en este caso, debido a que era público la situación de la empresa y su vinculación a presuntos ilícitos, por tanto de descubrirse pruebas fehacientes de la corrupción las consecuencias patrimoniales deberán ser soportadas también por Petro Tech y sus nuevos accionistas. En este caso sería aplicable el artículo 34º de la Convención de

²⁴⁵ Cfr. Conclusiones del Informe Final de la Comisión Investigadora de la venta de acciones de Petrotech y sus contingencias tributarias, societarias, legales y de otro tipo en relación a los contratos celebrados por el Estado Peruano. Mayo 2009.

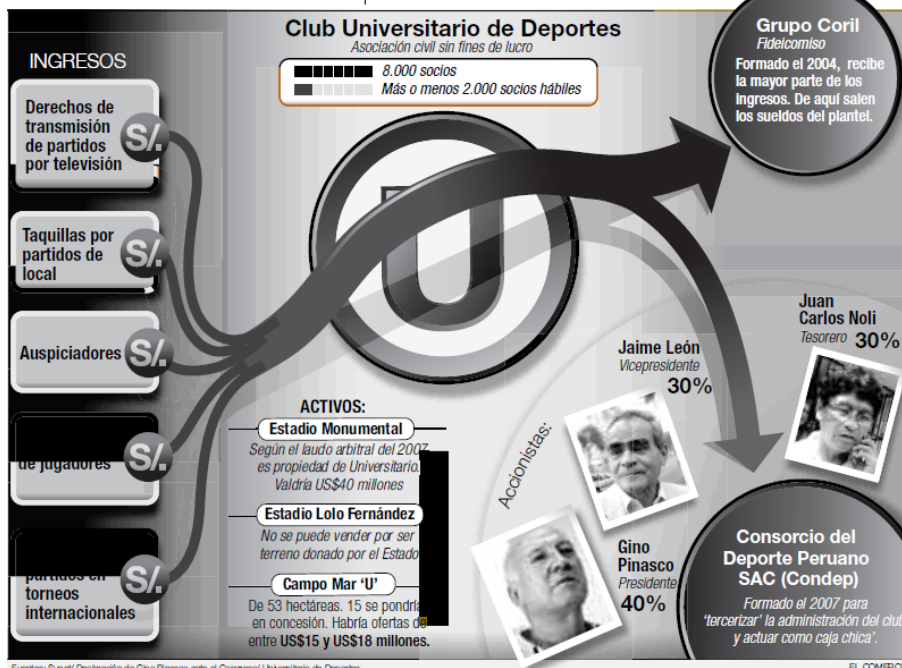
Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)²⁴⁶ esto es con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, deberá el Estado Peruano adoptar medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. También se podrá considerar la corrupción como un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.” Finalmente, se deberá tener en cuenta Las Normas de la ONU sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos que en su numeral 10 establecen que “las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observarán y respetarán las normas aplicables del derecho internacional, las leyes y reglamentos nacionales, así como las prácticas administrativas, el estado de derecho, el interés público, los objetivos de desarrollo, las políticas sociales, económicas y culturales, incluidas la transparencia, la responsabilidad y la prohibición de la corrupción, y la autoridad de los países en los que realizan sus actividades.”

Sin duda el más espectacular caso, de defraudación tributaria, que ha quedado grabado en el imaginario colectivo, es el caso del club deportivo de Universitario, descubierto en el año 2009 por la SUNAT, en la que sus directivos alegando un interés superior: el de supervivencia de un club entrañable como la U, utilizaron a la fachada de personas jurídicas para “driblear” las veces que quisieron los pagos por tributos a la SUNAT, el hecho fue material de portada y caricaturistas que gráficamente plasmaron magistralmente el engaño conforme se aprecia a continuación:

²⁴⁶Aprobada por Resolución Legislativa 28357 y ratificada el 16.10.2004.

El dinero de Universitario

Ahogada por deudas y embargos, la 'U' buscó alivio cediendo sus ingresos a terceros en un complejo esquema. La Sunat considera que desviar los fondos a Condep S.A.C. constituye defraudación tributaria y ha denunciado a sus accionistas.



Fuente: El Comercio del 28.10.09

ANTECEDENTES

Una práctica recurrente

[2004]

La directiva liderada por Alfredo González creó Apde S.A.C. El club crema había pasado los peores años de crisis financiera (el periodo de Javier Aspauza).

[2004-2005]

Bajo el liderazgo del entonces tesorero Reynaldo Moquillaza, Universitario forma Depor S.A.C., también para "proteger" los escasos ingresos del club.

[2004-2007]

Hasta cuatro presidentes interinos tuvo la 'U' en estos años: Augusto Lanatta, Fausto Miranda y Julio Gamarra.

[2007]

Gino Pinasco, Juan Carlos Noli y Jaime León forman Condep S.A.C., según sesión de directorio de diciembre del 2007. Dos años después, el 26 de octubre, son acusados por la Sunat por defraudación tributaria.



Fuente: El Comercio del 28.10.09

La estratagema de los abogados de Universitario para evadir los embargos de la SUNAT por deudas tributarias, fue muy sencilla, pero efectiva: Los ingresos de transmisión de partidos de televisión, taquillas por partidos locales, auspiciadores, transferencia de jugadores, y premios por torneos internacionales, no irían a las arcas del club universitario de deportes, asociación sin fines de lucro, sino a un

fideicomiso y a una persona jurídica cuyos miembros eran casi los mismos que las juntas directivas elegidas en cada periodo, así nació Apde S.A.C, Depor S.A.C y Condep S.A.C. La SUNAT finalmente, descubrió el artificio, y denunció a los dirigentes de universitario por defraudación tributaria en el 2009, sin embargo ese mismo año en el Congreso de la República expidió una Ley N° 29504, Ley que promueve la transformación de los Clubes Deportivos de Fútbol Profesional en Sociedades Anónimas Abiertas, que establece, con carácter excepcional, transitorio y por única vez, el Régimen Especial de Fraccionamiento Tributario para el pago de las deudas tributarias recaudadas por la SUNAT, para los clubes deportivos de futbol profesional que mantengan deudas tributarias exigibles al 31 de julio de 2009, cualquiera sea el estado en el que se encuentren, incluidos los tributos retenidos o percibidos. Asimismo esta norma establece que no es aplicable para estos casos el artículo 36° del Código Tributario y concede el plazo de veinte (20) años para su pago. Sin duda, todo un premio para los defraudadores de los clubes deportivos, entre los que se encontraba también Alianza Lima, y un acto inequitativo frente al resto de contribuyentes, especialmente los pequeños, a los que si se les embarga y no se les perdona una.

Otro caso muy común nos lo trae el Diario Gestión del 26.07.10 cuyo titular decía **“Caen precios de facturas falsas porque hay creciente oferta”**, se referían a un lucrativo negocio, en que la utilización fraudulenta de la persona jurídica permitía a través de expedición de facturas de favor, previo pago de un porcentaje de lo facturado. Este es el caso reseña el mencionado diario de “Pepe Pérez es contador, que tiene una empresa de consultoría y para aumentar sus ingresos no se le ocurrió mejor idea que ofrecer por Internet facturas de su empresa para que terceros puedan conseguir, de manera ilegal, crédito fiscal que les permita pagar menos impuestos. La SUNAT ha manifestado que este es un mercado creciente lo demuestra el hecho de que hace algunos años las facturas falsas se vendían por un monto de entre 6% y 10% del valor facturado, y ahora están entre 3% y 4%. Entre las modalidades de defraudación se cuenta aquella en la cual “la empresa A vende a la empresa B, pero las facturas que le entrega a B son de una tercera

persona. En este caso el contador o el gerente financiero saben perfectamente lo que sucede. En una empresa se han encontrado hasta cuatro modelos diferentes de facturas de la misma serie. El mismo contador de la empresa lleva la contabilidad de quienes le venden la factura.”²⁴⁷ Para combatir este ilícito se puede interponer la denuncia por defraudación tributaria contra todos los involucrados, aunque hace falta que se incluya como acto punible penalmente los actos preparatorios (lo que permitiría sancionar a quienes ofrecen las facturas falsas), darles la calificación de crimen organizado (para elevar los años de pena) y poder aplicar el criterio de reiterancia (elevando las penas).²⁴⁸

3.5.7. UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURÍDICA EN MATERIA ARBITRAL

El Decreto Legislativo N° 1071, Norma el Arbitraje en el Perú, establece en su artículo 2° sobre materias susceptibles de arbitraje que cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral. La norma se trae a colación pues grafica virtuosamente la relación de control entre una persona jurídica de derecho público (el Estado) y otra de derecho privado (la empresa controlada), este sería el caso de una empresa sometida a un arbitraje internacional por daños a terceros o incumplimiento de una obligación pecuniaria, controlada por el Estado. Vislumbrando este último que se perderá la causa expide un dispositivo legal por el cual los bienes de la empresa del Estado son inembargables por los próximos tres años, a la postre la parte que posiblemente gana el arbitraje se quedará con las manos vacías pues no puede embargar los bienes de la empresa perdedora. Empero, esta norma justamente impide este tipo de fraude, pues la empresa del Estado de salir perdedora no podrá alegar su derecho interno para defraudar el cumplimiento del laudo. El

²⁴⁷Loayza Arenas, Carmela. “Caen precios de facturas falsas porque hay creciente oferta”. Diario Gestión del 26.07.10

²⁴⁸Ibidem

levantamiento corporativo además nos revelaría el ardid y quien esta detrás de la empresa que quiere eludir sus obligaciones.

3.5.8. UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE LA PERSONA JURÍDICA PARA ELUDIR EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO

La persona jurídica puede ser un mecanismo para eludir obligaciones contractuales de manera indirecta u oculta, este es el caso de una sociedad comercial que incumplió su obligación de no vender en determinadas zonas sus productos, realizando dicha conducta mediante una persona jurídica vinculada a ella. En este supuesto, se debe dar por incumplido el contrato, teniendo la opción de resolver el contrato y pedir una indemnización a su contraparte contractual. El Tribunal Supremo Español nos ilustra con el caso del Ayuntamiento de Palma, persona jurídica del ámbito público, que quiso eludir su obligación de indemnizar por averías ocasionadas en la red municipal de abastecimiento de agua, manifestando la tercerización de dicho servicio en la empresa municipal EMAYASA, esto es un ente controlado en absoluto por el municipio. También esta el caso del propietario de un inmueble que arrendo el mismo a una sociedad comercial en donde su participación era mayoritaria y que cuando se produjo un incendio en el inmueble el cual a su vez se extendió a las áreas vecinas, se negaba a pagar los daños a sus vecinos, arguyendo que había arrendado el bien a la sociedad comercial la que debía hacerse responsable de los daños. La responsabilidad del demandado era evidente si se tiene en cuenta que el seguro por el incendio lo cobró éste y que fue éste quien aportó a la sociedad arrendataria su propio fondo de comercio (negocio). Ahora bien de poco le sirve alegar a los propietarios este tipo de argumentos cuando se halla extendida en la legislación que el dueño de los bienes responde por los perjuicios que causen los mismos. Otro ejemplo: si en la constitución de una persona jurídica, los demás miembros conocen que debido al aporte de uno de sus miembros este no podrá cumplir las obligaciones que le impone un contrato celebrado con anterioridad, el acto

fundacional será un contrato celebrado con daño a tercero.²⁴⁹ De esta manera, el socio-deudor responderá por fraude contractual y los cofundadores por lesión al crédito. Si las personas que permitieron que el aporte ingrese a la sociedad constituida conocían de la ilicitud de dicho acto y del perjuicio a tercero, estas serán cómplices de estafa.²⁵⁰

Resumiendo los típicos casos de fraude contractual: supongamos que Ticio y Casio se obligan frente a Cayo a no realizar determinado acto. Pero luego resulta que el mismo acto lo lleva a cabo la sociedad X. Constituida precisamente para burlar el contrato celebrado con Cayo.²⁵¹ Se trata de contratos que por lo general, imponen a una de las partes una abstención, es decir una obligación de no hacer como el respeto a una cláusula de exclusividad de un contrato de suministro. Suele observarse el fraude contractual también mediante una sociedad en contratos con obligaciones de hacer; por ejemplo, en el cual una parte se compromete a pagar a la otra una participación en los beneficios que obtenga en la explotación de un negocio que después aporta a una sociedad vinculada. Incuestionablemente, el contratante perjudicado podrá promover la acción de cumplimiento de contrato y eventualmente por daños y perjuicios. La solución más eficaz, frente a estas conductas fraudulentas, es una expresa política legislativa que impute responsabilidad a quienes hicieron posible esta situación. La cuestión es impedir que se oculten detrás de la persona jurídica el socio o controlante que propició dicha circunstancia y quienes colaboraron en su causa. El factor de atribución es el control de la sociedad, elemento que será auxiliado por el dolo o culpa grave que tuvieron los miembros. Respecto a la sociedad controlada o interpuesta, ésta también responde por el daño causado por el desempeño de sus órganos, representantes o dependientes en el ejercicio, en exceso, o con ocasión de sus funciones. Quedan a salvo el derecho de los accionistas inocentes o minoritarios y de la propia sociedad de reclamar contra los miembros,

²⁴⁹ De la Cámara Álvarez, Manuel. Ob. Cit. p.264.

²⁵⁰ Art. 196 del Código Penal. "El que procura para sí o para otro provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid o otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años."

²⁵¹ De la Cámara Álvarez, Manuel. Sociedades Comerciales. p.236

administradores, representantes o el controlante externo por los daños causados por la utilización fraudulenta de la sociedad. Sostenemos que podríamos atenuar el costo de la extenuante cacería legal sobre el controlante si se hiciera responsable al mismo y a quienes colaboraron para perpetrar el fraude mediante la persona jurídica.

En el ámbito del consumidor en septiembre del 2009, se hizo de conocimiento público que la sucursal de la empresa transnacional **Carlson Wagolint Travel** en el Perú, apelaba a esa imagen corporativo mundial para atraer clientes y sin embargo cuando uno de sus clientes tenía un problema sobre el servicio, como ocurrió con una peruana que compro sus pasajes en Bélgica, no respondía manifestando que era una persona jurídica distinta y no asumía ninguna responsabilidad por la agencia de la empresa de Bélgica.²⁵² En ese sentido, la transnacional estaría utilizando fraudulentamente la subjetividad de la persona jurídica puesto que se apela a ella para librarse de responsabilidad y a la vez se omite hacer de la misma cuando recoge los beneficios económicos generados por la vinculación económica entre agencias de viaje que operan bajo un mismo nombre bajo los lineamientos de una matriz.

3.5.9. UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURÍDICA EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS

La 28950, Ley contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, es una norma virtuosa en descubrir las relaciones de control en una persona jurídica utilizada de manera fraudulenta. La trata de personas involucra en ocasiones disfrazarse de agencias de empleo, agencias de modelaje u organización humanitaria, ardid mediante el cual sus promotores, representantes o miembro de la misma se ganan la confianza de poblaciones vulnerables (mujeres, adolescentes, niños y niñas). Las redes de trata más complejas y peligrosas están conformadas por grupos de personas jurídicas y personas naturales perfectamente articulados que viven entre la formalidad y la informalidad.

²⁵²Denuncia efectuada en el Programa televisivo de Rosa María Palacios, “Prensa Libre” del 08.09.09 en el Canal 4.

Piénsese en el caso de una organización sin fines de lucro que capta a hombres y mujeres indígenas prometiéndoles condiciones salariales dignas, y termina enviando a los hombres a empresas madereras que los explotan y alcoholizan, en tanto que las adolescentes y mujeres jóvenes son obligadas a prostituirse en prostí bares de los asentamientos mineros. La organización supuestamente humanitaria no es más que la fachada para captar a personas y explotarlas laboral y sexualmente. Empero, los controlantes de esta persona jurídica, promotores en términos penales, pueden no ser miembros ni representantes y estar en la sombra promoviendo estos delitos y haciendo los contactos con los destinos de las personas explotadas. De ahí, que la norma consagre a la figura del promotor como una forma de llegar al controlante externo de la persona jurídica que en los hechos es quien marionetista de la misma. La misma circunstancia se replica en el ámbito de tráfico ilícito de migrantes donde un controlante externo puede constituir en el país una empresa de empleos y en un país foráneo una empresa de fachada que expide contratos de trabajo. Una vez en el extranjero el peruano puede ser abandonado o peor aún retenido contra su voluntad y explotado laboral o sexualmente, sin familia con los documentos retenidos por la organización delictiva que amenazan a con hacerle daño a su familia en su país de origen logran doblegar su voluntad y explotarlo. En estos casos se observa un grupo de personas jurídicas y controlantes que las utilizan para perpetrar ilícitos penales. Empero, debemos rescatar que la figura de la colaboración eficaz aplicable a estos delitos es sumamente valiosa para revelar los tentáculos de los controlantes externos y arrojarlos a la luz pública. Evidentemente la colaboración eficaz debe basarse en información privilegiada y debidamente contrastable, y no en el mero dicho de una persona. Sería interesante adecuar y probar esta institución en el ámbito civil en donde los beneficios podrían ser una reparación patrimonial menor, y el desistimiento del inicio de acciones penales cuando corresponda.

3.5.10. UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL LAVADO DE ACTIVOS

El 11 de febrero del 2009, el Departamento del Tesoro de Estados Unidos dio a conocer que impuso severas sanciones económicas a 26 compañías y a 14 personas vinculadas con Fernando Zevallos, capo de la droga, quien purga una condena de 20 años en el penal de Piedras Gordas, en Ancón. Los familiares de Zevallos investigados incluyen a su madre, Sara María Gonzales Garbancho, y a sus hermanos Winston Ricardo, Lupe Maritza, Sara Marilyn, María del Rosario y Milagros Angelina Zevallos Gonzales. Los socios principales del “Lunarejo” son: Máximo Zadi Desme Hurtado, John Iván Mejía Magnani, Ricardo Hernández San Martín, José Manuel Mejía Regalado, Enrique Canaval Landázuri, Luis Miguel Carrillo Rodríguez, Percy Dangelo Aranibar Castellanos y Jorge Portilla Barraza. Según las pesquisas estadounidenses, la red financiera comprende principalmente compañías de aviación y turismo que apoyaban a la organización de Fernando Zevallos. Entre ellas figuran cuatro compañías de transporte aéreo: Aviandina S.A.C., Lasa Perú S.A.C., Vuela Perú S.A.C. y Transportes Aéreos Unidos Selva Amazónica. También están incluidas las agencias de viajes Perú Global Tours, Oriente Tours y Representaciones Oriente Tours S.R.L., así como las compañías de servicios de limpieza de aviación Lucero Import y Perú Total Market y las imprentas Editora Transparencia y Empresa Editora Continente Press. Finalmente, la investigación del Departamento del Tesoro de Estados Unidos también señaló a las compañías “off shore” de Panamá Bellosom Enterprise Inc. y Blissey Panamá Inc.; además, a Crosse Group Inc., que opera en las Islas Vírgenes Británicas. Las sanciones –dispuestas por la Oficina de Control de Bienes Extranjeros (OFAC) del Departamento de Estado– fueron aplicadas en cumplimiento de la Ley de Cabecillas Extranjeros del Narcotráfico, conocida como ‘Kingpin Act’. Por ejemplo, se dispuso el bloqueo de cualquier activo que las citadas compañías y personas posean bajo la jurisdicción de los Estados Unidos. Además, se prohibió a los ciudadanos norteamericanos realizar transacciones financieras o comerciales con ellas. Todo ello luego de que la OFAC determinara durante sus indagaciones que, pese al encarcelamiento de Zevallos, su red financiera continuaba “bajo el liderazgo de familiares seleccionados y socios de negocios de confianza”. Se debe tener en cuenta que

la ley norteamericana sobre cabecillas extranjeros de la droga contempla otras penas para los miembros de la red de Zevallos, quienes podrían ser sancionados con multas que superan el millón de dólares. Mientras tanto, la pena para los directivos de las compañías involucradas podría llegar a los 30 años de cárcel, y las multas, hasta a los cinco millones de dólares.²⁵³



El caso de la familia Zevallos y sus vinculaciones con el lavado de activos es un claro ejemplo de utilización fraudulenta de la persona jurídica mediante testaferros, personas interpuestas, sociedades controladas y vinculadas, con el único fin de perpetrar un delito. Empero, la figura del administrador de hecho o controlante también aparece nítidamente en la persona de Fernando Zevallos que incluso desde prisión ha podido mantener el control sobre sus empresas y demuestra las incapacidades del ordenamiento jurídico para sancionar el control fraudulento de una persona jurídica en el ámbito penal.

²⁵³Diarios "El Comercio" y "Perú 21" del 11 de febrero del 2009.

3.5.11. UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE LA PERSONA JURÍDICA Y LOS SINDICATOS

En los últimos años treinta sindicatos controlados por personas de mal vivir han amenazado y extorsionado a empresas constructoras en Lima y Callao, lamentablemente los jueces desestiman este tipo casos al suponer que son problemas laborales. Últimamente, julio 2009, se imputa a la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP) como una de estas organizaciones controladas por delincuentes de amplio prontuario tomaron la sede de la Municipalidad de Chancay para pedir puestos de trabajo en las obras edilicias. Según la Dirección de Seguridad del Estado de la PNP, por lo menos dos cabecillas de peligrosas bandas lideraron desde prisión las extorsiones y ocho homicidios cometidos en el 2009. Uno de ellos es Jacinto Aucayari “Cholo Jacinto”, preso en el penal de Ancón, pero que a través de su esposa maneja en el Callao un sindicato que exige cupos para asegurar la “paz laboral”. De acuerdo con la policía, son 30 los sindicatos de fachada que obligan a las empresas a contratar entre 20 y 30 “chalecos” (hampones o ex reclusos), incluir empleados fantasma en las planillas y entregar el 2% del valor de la obra y del jornal de los obreros. El botín que obtienen estos grupos oscila entre US\$30 mil y US\$200 mil. Organismos como la CGTP y la CTP también utilizan facciones clandestinas, ambos subgrupos se enfrentan y se acusan de infiltración.²⁵⁴ La utilización fraudulenta de sindicatos deriva en responsabilidad penal (extorsión, homicidio, asesinatos, etc) y civil en sus controlantes aunque no sean miembros o dirigentes formales de los mismos.

3.5.12. UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE LA PERSONA JURÍDICA Y LOS PARTIDOS POLITICOS

Aunque el fenómeno de los cambios de camisetas de partidos políticos o el transfuguismo no es nuevo, el caso de Cambio Radical y el candidato a la alcaldía

²⁵⁴El Comercio. Treinta seudosindicatos lucran con amenazas y extorsiones a empresas constructoras. En: http://www.elcomercio.com.pe/noticia/323055/treinta-seudosindicatos-lucran-extorsion-constructoras_1

de Lima del 2010, reviste ciertas particularidades, que vale la pena analizar brevemente, como por ejemplo formalmente tenía 83 comités, pero no funcionaban, sin embargo, contaban con su inscripción vigente en ONPE. Así aunque carente de representatividad popular real y sin doctrina política conocida, en los previos a las inscripciones de candidaturas municipales, se acercó a figuras públicas para ofrecerles cobijo, y la posibilidad de lanzarlos a elecciones presidenciales o municipales, este fue el caso del escritor/conductor Jaime Bayly, y posteriormente la que si se concreto fue la del político Alex Kori, que ironías del destino si contaba con un partido organizado (“Chin Pun Callao”) pero no tenía autorización para postular a las elecciones municipales de Lima. Este fenómeno, que no es en estricto una alianza o coalición de partidos, sino mas bien la oportunidad de algunos allegados al partido “Cambio Radical” a ser regidores de Lima, y para Kori la opción de llegar a la Alcaldía de Lima, evitando el trajín de conformar un nuevo partido.

A este fenómeno la prensa local denomino los partidos “cascaron” que pueden fungir de “vientre de alquiler” en beneficio de un candidato cualquiera, pues su ausencia de ideología, actividad proselitista y, menos, organización partidaria, les permite con facilidad acomodarse a cualquier eventualidad. Estas agrupaciones solo esperan la oportunidad para ofrecerse o negociar con un personaje que les garantice algún respaldo de los votantes. Nos preguntamos ante ello, ¿Esta sería una utilización fraudulenta de las personas jurídicas en el ámbito de la política? En estricto, más allá de consideraciones éticas valiosas, pareciera que no, pues todo partido inicia sin bases ni organización estable sino con un número determinado de firmas, aspirando en el futuro su consolidación, y también tiene libertad de conformar alianzas políticas, derecho de asociación le dicen. Sin embargo, en casos concretos pudiera admitirse la mala utilización de partidos recién formados. Por ejemplo imaginemos que un partido político “cascaron”, cuya finalidad de creación es el perjudicar mediante actos ilícitos la campaña de uno de los movimientos políticos en competencia, difamando y calumniando a los candidatos, corrompiendo a sus delegados y dirigentes, interponiendo tachas de inscripción infundadas, despintando la publicidad del partido de la competencia, y puesto al

descubierto el hecho, sólo formalmente podrá ser sancionada el partido político “cascaron”, y no al partido político que lo utilizó como artificio para sus intereses políticos.

Finalmente, apuntemos que ante los denominados “partidos cascaron”, el Jurado Nacional de Elecciones anunció, en junio del 2010, la elaboración de un proyecto de ley al Congreso para que se suspenda la inscripción de aquellos partidos que no tengan en funcionamiento sus sedes políticas, que no presenten periódicamente sus estados financieros y que no actualicen su padrón de afiliados. En la actualidad sostienen los expertos, un partido puede existir en la informalidad total. Una suspensión significaría que el partido sancionado no pueda formar alianzas, ni cambiar de nombre, ni mucho menos participar en un proceso electoral hasta que subsane las deficiencias.

2.5.21. FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y EL FAVORECIMIENTO DE EMPRESAS VINCULADAS EN LICITACIONES ESTATALES

El Congreso de la República mediante la Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros 1990-2001, que tenía como objeto investigar a los altos funcionarios públicos que habrían usado información privilegiada e influencias indebidas para beneficiar a empresas vinculadas a su entorno; resalta el caso del Ingeniero Jorge Camet que el 24 de abril de 1992 renuncia a su condición de directivo de la empresa JJC Ingenieros y la empresa METCA, y ese mismo día es nombrado Ministro de Industrias hasta todo legal, las que pasan a ser dirigidas por sus hijos. Lo irregular observa la Comisión es que el 10 de setiembre de 1992 en Madrid, su hijo Carlos Enrique entregó un poder absoluto a favor de su padre Jorge Camet, para entre otras actividades “tomar parte en concurso, licitaciones, subastas, ejercer el comercio, la industria exclusivamente en el Perú” (Ficha Registral 210087 inscrita en los RR.PP. del Perú 17/06/1993). Observa la Comisión que entre 1992 y 2000 la empresa JJC Ingenieros había licitado sola o asociada, más de 661 millones de soles en contratos con el Estado, y que durante los primeros tres años como Ministro de Economía, su empresa creció 177 veces.

Entidades estatales que contratan con JJC Ingenieros S.A.

Entidad	Monto (millones US\$)
MTC	121.9
INADE	34.1
INVERMET	3.0
INPE, SEDAPAL	16.8
y otros	
Total	175.8

Fuente: Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros 1990-2001 del Congreso de la República

La Comisión estableció que dos fueron los rubros donde opero la empresa JJC Ingenieros S.A. la rehabilitación de carreteras y la construcción de centros penitenciarios, y en ambos la empresa tiene obras que no fueron producto de licitaciones abierta sino que la modalidad era declarar en emergencia el sector, para justificar concursos por invitación o adjudicaciones directas. La forma como había conseguido obtener tantas licitaciones se construyo en 1992, cuando se emitió el D.L. 25565 para que las obras ejecutadas con créditos internacionales y con participación del UNOPS, organización de las Naciones Unidas para Proyectos Sectoriales, estuvieran exoneradas de aplicar el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas. Luego del Golpe del 5 de abril, se excluye del ámbito de la Contraloría General de la República, la obligación de emitir opinión previa en los procesos de licitación de obras públicas. En ese contexto, la Comisión advierte que **“los ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas”** de conformidad con el artículo 126º de la Constitución Política 1993. He querido poner este caso de infracción constitucional tan conocido, como antesala, para aseverar que en nuestro país no es infrecuente que para eludir estas normas de vinculación económica y conflicto de intereses, se utilice a las personas jurídicas sea como escudo o como cortina para ocultar quien esta tras vestidores celebrando negocios, y llevándose las utilidades de los mismos, y frente a ello, el ordenamiento jurídico en pocas ocasiones ha reaccionado de manera eficaz.

Recordemos, el extraño caso de **Comunicore**, donde la Comuna Limeña en el 2006 tenía una deuda pendiente con Relima S.A., de S/. 35.9 millones, ante lo cual la caritativa Comunicore decide ayudar a Relima a recuperar, algo de dicho crédito, comprándole esa deuda por S/ 14.6 millones. Sin embargo, a los pocas semanas de ocurrida esta transacción, Comunicore logra convencer a la Municipalidad de Lima Metropolitana, no solo que renuncie al cronograma de pago establecido sino que de golpe le pague los S/. 35.9 millones, con lo cual en menos de un mes, Comunicore se llevó, S/. 20.4 millones de ganancia, el negocio de su vida en verdad. Especulando solamente y por los indicios expuestos en medios de comunicación, este pudo haber sido un caso en que personal vinculado a la dirección de la comuna limeña se halla aprovechado de la máscara de una persona jurídica como **Comunicore** para obtener una ilícita ganancia en perjuicio de los vecinos limeños, no tanto por el pago, desde luego debido, sino por el evidente tráfico ilícito de influencias, la investigación de las autoridades competentes sobre la materia recién empieza, habrá que esperar el resultado de las mismas para clarificar el panorama.

Finalmente, dejamos constancia que el objeto de este capítulo ha sido ilustrar al lector de las más diversas formas de utilización fraudulenta de la persona jurídica existentes, sin haber pretendido agotar este tópico sino tan sólo mostrar los casos más saltantes y conocidos con el propósito de sensibilizarlo en la búsqueda de una regulación específica que sancione estos ilícitos de manera frontal y directa, no sólo en el ámbito laboral sino en general en todos los ámbitos del derecho posible.

CAPITULO IV

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL AMBITO LABORAL

La utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito laboral se efectúa con la intención de evadir el cumplimiento de obligaciones laborales del empleador tales como la compensación por tiempo de servicio, participación en las utilidades de los trabajadores, seguro de vida, seguro complementario de trabajo de riesgo, contribuciones sociales, gratificaciones laborales, vacaciones anuales y descansos remunerados, remuneraciones, indemnización por vacaciones no gozadas, indemnización por despido arbitrario, responsabilidad social, entre otros. La elusión mediante este artificio de estas obligaciones suele ser dolosa, sin embargo aún siendo culposa o no intencional esta conducta es un típico caso de fraude a la ley, y el ordenamiento jurídico reacciona aplicando la norma que se intento eludir y sanciona al agente defraudador. El principio de primacía de la realidad es por naturaleza el más idóneo para alcanzar dicho resultado y es el más aplicado por los magistrados nacionales y extranjeros.

El principio de realidad es un principio general del derecho, aplicable a todos los ámbitos del derecho, y no esta constreñido solamente al campo laboral, el objetivo de esta institución es buscar desentrañar la auténtica realidad que subyace tras las formalidades y normas alegadas por las partes. La aplicación de este principio es sumamente fructífera para determinar cuando estamos ante una situación de utilización fraudulenta de la persona jurídicas pues al descubrir las relaciones económicas y de control existente entre personas jurídicas (grupos) o de estas con personas naturales (controlantes), las hace responder por obligaciones laborales incumplidas. La aplicación del principio de la realidad al contexto empresarial así implica el develamiento del verdadero empresario, patrono “de verdad”, del señor o dueño del negocio, que ha organizado la actividad empresarial y que intenta a través de la interposición de personas jurídicas eludir obligaciones laborales.

El principio de realidad busca el hecho real debajo de la apariencia. La calificación que hacen las partes de la naturaleza jurídica de la relación es irrelevante, ya que, en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que surge del terreno formal, debe darse preferencia al primero. El espectro de este principio se esparce en varias ramas del Derecho tales como:

a) En el Derecho Tributario; a través de la doctrina de la apreciación económica de los hechos institución, mediante la cual se hace prevalecer sobre la apariencia contractual o la estructura formal la realidad. Esto es, se observa el sustrato ontológico (hecho imponible) y valorativo (elusión tributaria), y se aplica la norma que corresponda a esta conducta intersubjetiva conforme lo establece el artículo VIII del Texto Único Ordenado del Código Tributario. Así, por ejemplo, mediante Oficio N° 084-2004-SUNAT/2B0000 de fecha 15 de octubre de 2004, la Sunat absolvió una consulta referida a si los trabajadores contratados bajo la modalidad de servicios no personales se encontraban comprendidos dentro del inciso e) del artículo 34° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Sobre el particular, la referida entidad tributaria señaló entre sus fundamentos que *“(...) pese a la denominación que las partes puedan asignar a un contrato, en virtud del principio de primacía de la realidad se debe estar a lo que ocurre en los hechos, es decir, al verdadero contenido de la relación entre las partes. Por consiguiente, puede darse el caso que un contrato al que se le hubiese denominado como de servicios no personales o locación de servicios, califique como un contrato de trabajo, en consecuencia, corresponde que en cada caso concreto se efectúe la determinación de la naturaleza del contrato y la categorización de la renta (...)”*.

b) En el Derecho Civil; es indudable que instituciones como la simulación al buscar desentrañar la verdad de las cosas, no hacen más que aplicar el principio de primacía de la realidad. Se busca revelar el sustrato ontológico y axiológico de una conducta humana intersubjetiva simulada, despreciando para

ello la estructura formal de que se valieron las partes, para ir al fondo del asunto, evitando con ello un fraude a los acreedores.

c) En el Derecho Concursal; actualmente el INDECOPI viene reconociendo créditos laborales aplicando el principio de primacía de la realidad. El artículo 40º de la Ley General del Sistema Concursal, dada por la Ley N° 27809, modificado por el artículo 14º del Decreto Legislativo N° 1050, establece que en los procedimientos de reconocimiento de créditos de origen laboral la Comisión podrá aplicar el principio de la primacía de la realidad, privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito. En los casos en que se deba aplicar el principio de Primacía de la Realidad, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Concursal, señala que para dicho efecto se debe acreditar el cumplimiento de horarios, el recibo de órdenes impartidas mediante memorando, recibos por honorarios con periodicidad similar y por sumas más o menos similares o parecidas, u otros documentos que hicieran evidente la existencia de un contrato de trabajo, es decir, prestación personal de servicios remunerados y subordinados²⁵⁵.

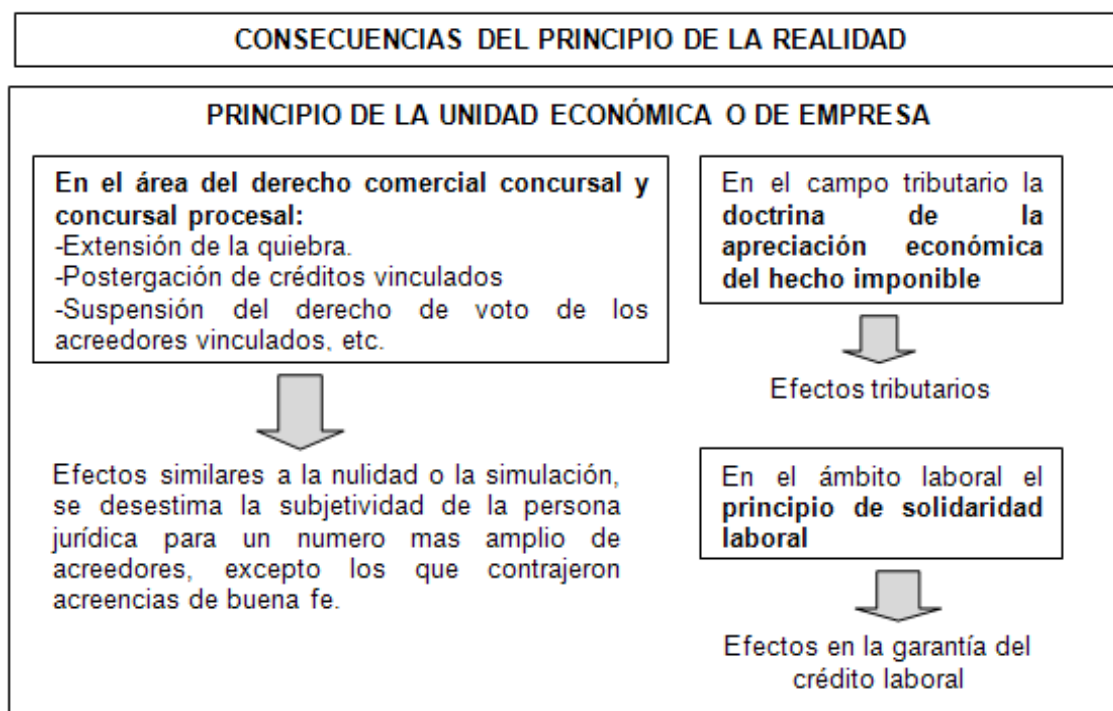
d) En el Derecho del Consumidor; en aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, la autoridad administrativa en determinación de la verdadera naturaleza de las conductas investigadas tomará en consideración las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enervará el análisis que la autoridad efectúa sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.²⁵⁶

e) En el Derecho de la Competencia; la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendidas a las situaciones

²⁵⁵ Resolución N° 1098-2003/SCO-INDECOPI (Expediente N° 0028-2000-01-02/CRP-INDECOPI-PUCP).

²⁵⁶ Artículo V, Numeral 8, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571

y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectuó sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.²⁵⁷



f) **Derecho de Sociedades;** es conocido bajo el nombre de “unidad económica patrimonial” tiene por objetivo comprobar si de la organización de empresas se desprenden manifestaciones económicas que permiten la constitución de una administración común (material o informal), para la mejor consecución de los objetivos económicos de un grupo económico. La conducta concertada de varias sociedades de comportarse como si fueran una única empresa, para lo cual tienen una dirección y control común. Así, las expresiones conjunto económico, apuntan a definir a sociedades vinculadas entre sí por tener un capital y dirección común,²⁵⁸ lo que se infiere de la conducta objetiva de éstas, para lo cual son útiles además de la teoría de los hechos notorios del derecho

²⁵⁷ Artículo 5º del Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el artículo 5º del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto legislativo que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas.

²⁵⁸ Dobsón, Juan. Ob. Cit. p.421/2

procesal civil, el fraude a la ley entre otros institutos. Se permite así constatar un grupo económico que funciona como si fuera una única empresa, lo que puede dar lugar a la solidaridad entre la sociedad comercial controlante y sus miembros implicados, cuando estén pendientes beneficios sociales o medie fraude a la ley laboral.

En el ámbito empresarial, la propiedad formal de la empresa no va ligada necesariamente al dominio concreto de la administración de la misma, esto es quien verdaderamente lleva las riendas del negocio. Empero, detectar a los hombres de paja o sociedades dominadas-vinculadas es una tarea difícil pero no imposible. Es posible que se presente ante los trabajadores un patrón aparente (persona jurídica), esto es que un sujeto se vista con la apariencia de patrono, no siendo más que títere del auténtico patrón (otra persona jurídica). Ello puede dar lugar a dos situaciones:

a) la existencia de un empresario ficticio o aparente. Esto es existe atrás de este un sujeto que es el verdadero empleador. Es adecuado llamarlo en ocasiones traficante de mano de obra, pues cede a los trabajadores que originalmente contrató, para que disponga de ellos otro empresario. Supuesto común en los grupos de personas jurídicas y en sociedades vinculadas.

b) la existencia de un empresario aparente simulado. El auténtico titular de la empresa, da instrucciones a un tercero para que gestione la empresa como si fuera suya. En este supuesto el empleador verdadero finge ser un dependiente, intermediario o agente, con la finalidad de sustraerse al pago de obligaciones sociales. Esta situación es frecuente en grupos de empresas, sociedades unipersonales con administradores de hecho o representantes sin facultades formales o entre empresas familiares.

El poder de dirección, fiscalización y sancionador del empleador es compartido (copatronato) o en todo caso se ha cedido temporal o indefinidamente dicha

facultad a un tercero o una sociedad vinculada, lo que implicara disposición del personal. Descubierta, la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito laboral, en estricta aplicación del principio de primacía de la realidad, se condenará al patrono aparente y al patrono auténtico a cumplir las obligaciones laborales, lo que implicara solidaridad laboral.

Los medios probatorios de un empresario aparente puede ser aquellos tendientes a demostrar que nunca tuvo actividad económica autónoma, ausencia efectiva de gestión empresarial, falta de infraestructura propia, falta efectiva de organización, dirección y control de los trabajadores. La autoridad administrativa del trabajo, concursal y magistrados del poder judicial pueden considerar como signos exteriores de una interposición de persona jurídica (empresario aparente) los siguientes:²⁵⁹

- a)** La falta de clientela propia, esto es la persona jurídica (empleador aparente) no tiene una cartera de clientes y está haciendo las veces de un empresa de intermediación informal.
- b)** la cesión continua de personal, la persona jurídica (empleador aparente) destaca constantemente su personal en las instalaciones de una empresa vinculada.
- c)** la infra capitalización de la empresa, la persona jurídica tiene como finalidad abastecer de trabajadores a sociedades vinculadas, careciendo de capital para realizar otro tipo de actividad.
- d)** Inexistencia de jefe de personal, mandos medios, personal administrativo o técnicos calificados para realizar el trabajo de dirección de la empresa o en todo caso este personal era compartido. Una persona jurídica acéfala de órganos administrativos efectivos, pero formalmente tiene personal propio, que comparte con sociedades vinculadas es otro caso de una posible utilización fraudulenta de la persona jurídica.
- e)** Prestación laboral del trabajador indiferenciada a las empresas de un grupo o sociedades vinculadas, por las que percibe una sola remuneración.

²⁵⁹ Cfr. MARTINEZ GIRON, Jesús. El empresario Aparente. Civitas. Madrid.1992. p.35-95.

- f) El domicilio social del empleador formal o aparente coincide con el del empleador verdadero, lugar donde se ejecutaba la prestación laboral.
- g) Las dos empresas explotan los mismos medios de producción.
- h) Aplicación del mismo reglamento de trabajo a los trabajadores de las sociedades vinculadas.
- i) La sujeción del trabajador al poder de dirección de distintas empresas, a pesar de prestar servicios solamente a una de las empresas del grupo.
- j) Fraude a la ley en una aparente sucesión empresarial, en estos casos en que no ha existido real y efectiva sucesión empresarial, el ex empleador, conserva su condición real de empresario.
- k) La construcción pública y notaria de una imagen de unidad de empresas que comparte su personal.
- l) Constancia de trabajo, documentación laboral o material de trabajo con signos notorios del verdadero empleador.

La tarea del magistrado, autoridad administrativa del trabajo y concursal implica descubrir entre la maraña de relaciones formales de sociedades vinculadas, la existencia de una relación laboral y sus partes.

4.1. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD Y LA UTILIZACION FRAUDULENTE DE LA PERSONA JURÍDICA

Los principios generales del Derecho se pueden definir como las directrices que construyen, dan contenido y facilitan la aplicación de las normas, por tanto son la fuente y presupuesto de todo ordenamiento jurídico. Los principios del derecho “pueden estar o no recogidos en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento”²⁶⁰. Y es que cada norma del ordenamiento jurídico se rige por principios generales, que permiten la articulación de esta en el sistema jurídico como se observa con el principio de primacía de la realidad. La base constitucional de este principio en el ámbito laboral lo encontramos en los artículos 22º y 23º de la Constitución Política del Perú que consagran al trabajo

²⁶⁰ RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, PUCP, Lima, 1988, p. 293.

como un deber y un derecho, base del bienestar social y un medio de realización de la persona además de considerar al trabajo como objeto de atención prioritaria del Estado. En la medida que el principio de primacía de la realidad posibilita el cumplimiento de las normas protectoras del Derecho laboral entendemos que su función es garantizar la efectividad de los derechos laborales y el mandato constitucional de protegerlos. Nuestra posición se halla avalada por una célebre acción de amparo que se declaró fundada: “El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22º) y, además un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23º). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos^{261*}”.

El principio de primacía de la realidad en el ámbito del proceso laboral tiene su consagración en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo, bajo el nombre del principio de veracidad, y tiene por objeto resolver los siguientes conflictos laborales:

- a) La determinación de la existencia o no de una relación laboral.
- b) La determinación de la auténtica condición del trabajador.
- c) La determinación exacta de quién ha sido el verdadero empleador.
- d) La determinación de pluralidad de empleadores o empleadores interpuestos.
- e) La determinación de elusión de obligaciones laborales
- f) La determinación de solidaridad laboral
- g) El carácter persecutorio del crédito laboral

²⁶¹ A lo que añade la Sala Laboral del Callao en el Exp. N° 540-90-S “que uno de los principios del derecho laboral, es el de la primacía de la realidad sobre la forma, esto es, prima la realidad de los hechos sobre la apariencia de los documentos (...)”.

* Exp. N° 991-2000-AA/TC.

“El principio de primacía de la realidad ha sido recogido por nuestro ordenamiento positivo en el primer párrafo del artículo I de la Ley Procesal de Trabajo, dada por la Ley N° 26636, con el nombre de Principio de Veracidad, el cual establece que el juez de trabajo no debe conformarse con la verdad aparente, contenida muchas veces en documentos suscritos por las partes, sino que debe buscar el conocimiento de la verdad real, teniendo en cuenta que los hechos priman sobre los documentos”. Similar postura se observa en el Exp. N° 388-90-S donde sostiene que “el principio de supremacía de la realidad, establece que prima la verdad de los hechos sobre la apariencia de los documentos que en tal virtud, la sentencia ha dilucidado válidamente de acuerdo a dicho principio, que ha existido relación laboral entre las partes; que tal discernimiento emerge de las pruebas actuadas en el proceso (...)”²⁶²

El principio de realidad persigue incesantemente descubrir la realidad, vencer las apariencias formales y resguardar el cumplimiento de normas de orden público, especialmente las referidas a derechos fundamentales. La aplicación del principio de la realidad al contexto empresarial, implicará el descubrimiento de un contrato de trabajo, la elusión de reposición de trabajadores, la auténtica remuneración de un trabajador, la existencia de un despido arbitrario o nulo, el derecho a la asignación familiar, el derecho a determinadas condiciones de trabajo y el verdadero empleador o patrono “de verdad”. En ese sentido, Marcial Rubio señala que *“el principio de primacía de la realidad sería laboral y consistiría en un problema de naturaleza laboral constitucional debe resolverse siempre a partir de los elementos de hecho que dan las relaciones sociales objetivas que se producen, para lo cual, si es preciso, hay que eliminar la desnaturalización o sesgo que las formas jurídicas empleadas produzcan sobre ellos. Primarán los efectos*

²⁶² Exp. N° 2812-200-B.E. (S)

* Exp. N° 991-2000-AA/TC.

*que la realidad objetiva aconseja aplicar, y no los que aconsejen las formas utilizadas*²⁶³.

El principio de realidad es aquel que permite descubrir la realidad que subyace bajo la apariencia, para conforme a esta aplicar la norma de orden público que se ha intentado burlar. El Mito de la Caverna de Platón es la simbología que a mayor cabalidad explica el fundamento del principio de primacía de la realidad, que nos libera de las ataduras formales y nos permite saber qué cosas “son realmente esas sombras” que se posan en los muros de una realidad aparente, para de esta manera descubrir la realidad concreta y auténtica. Solo así podremos formarnos un juicio sobre lo que realmente es la naturaleza de las cosas y aplicar el derecho que corresponda. La teoría de la naturaleza de las cosas se encuentra recogida a nivel constitucional en el artículo 103º de nuestra carta magna, el cual señala que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exigen la naturaleza de las cosas. Al respecto apunta Marcial Rubio que *“la naturaleza de las cosas es un concepto esencialmente comparativo: toma dos situaciones jurídicamente relevantes y las evalúa para determinar si merecen igual o distinto trato del Derecho. Dice el tribunal –Constitucional– que la naturaleza de las cosas vincula relaciones de personas ubicadas en un mismo espacio, tiempo y sujeción estatal”*²⁶⁴.

El TC mediante Sentencia de fecha 26.03.03, STC Nº 0261-2003-AA-TC, fundamento octavo, sobre acción de amparo interpuesta por Capeco contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social señala que: *“la naturaleza de la cosa que hace a la materia del Derecho, se encuentra inserta en una realidad social que puede tender hacia la disfuncionalidad de la cosa, esto es, a desvirtuarse su finalidad. En estos casos, el orden constitucional debe permitir a la ley incidir en aquella realidad de hecho y componer la funcionalidad de la naturaleza de las*

²⁶³ RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, PUCP, Lima, 2005, p. 229.

²⁶⁴ RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, cit., p. 203.

cosas”. De esta manera la naturaleza de las cosa está conformada tanto de su contenido como de su finalidad²⁶⁵.

El TC se ha referido al principio de primacía de la realidad como uno de naturaleza general, para todos los ámbitos del Derecho Constitucional²⁶⁶. Nuestros jueces comparten dicha concepción como podemos apreciar a continuación:

- a) En principio debemos indicar que el empleador inescrupuloso, no escatimará esfuerzos en argumentación jurídica para desconocer los derechos de los trabajadores. Frente a ello los jueces deben aplicar las normas de orden público que intentan evadirse al amparo del principio de veracidad como bien resolvió la Sala Laboral del Callao en el Expediente N° 630-90-S, cito textualmente: *“que en aplicación del principio de primacía de la realidad, la naturaleza jurídica de la realidad laboral en el caso sub iúdice, se determina por el hecho del trabajo desempeñado por el actor y no así por la calificación que le da el empleador”*.
- b) Por otra parte, en el Expediente N° 2241-91-CD de la Primera Sala Laboral de Lima, concluyeron que el contrato de trabajo es un contrato donde prima lo que acontece en los hechos, “pues las obligaciones emergentes del contrato están referidas a la prestación de servicios personales bajo subordinación (jurídica, económica o técnica); (...) la dependencia, que se materializa en efectuar operaciones que le señale el empleador bajo su dirección y control; que por el principio doctrinario de realidad se entiende que en el caso de discordia entre lo que ocurre en los hechos, formalidades o apariencias, debe darse preeminencia a los primeros, es decir en materia laboral lo que ocurre en la práctica es más importante que lo que las partes hayan pactado en los documentos”. En ese sentido este principio nos permite librarnos de las marañas formales, que a menudo intentan ocultar la verdad de los hechos, con la finalidad de enfrentar la realidad tal cual es.

²⁶⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 04.07.03, Exp. N° 0001-0003-2003-AI-TC, sobre acción constitucional interpuesta por el Colegio de Notarios del Distrito Notarial de Lima.

²⁶⁶ RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 230-234.

c) La Segunda Sala del Laboral de Lima en el Expediente N° 1037-92-CD estableció que en virtud del sinceramiento de las relaciones jurídicas que el agente de resguardo que laboraba bajo las órdenes de la demandada, en virtud de un contrato de locación de servicios, se había desnaturalizado²⁶⁷ debido a que en este tipo de relación jurídica no implica la disposición permanente del actor para diversas funciones de la demandada, en horarios y jornadas prolongadas, lo que refleja la dependencia y subordinación, características del contrato de trabajo y que lo distingue de la locación de servicios, máxime cuando el actor era preparado en diversas especialidades relativas a la seguridad por la demandada. Además, debemos indicar que no solo se descubrió la existencia de una relación laboral sino también el injustificado despido de don Ricardo Pizán Flores efectuado por la Empresa Minera del Centro del Perú.

d) Por otra parte el Sexto Juzgado Laboral de Lima, en la Sentencia N° 335-2001, cuarto considerando, Exp. N° 188-2000 también aplicó el principio de realidad para el caso de un contrato de locación de servicios desnaturalizado de la siguiente manera, cito textualmente: *“Por lo que se establece de manera incuestionable que la calidad de servicios prestados por el actor para la emplazada se dieron mediante un contrato de trabajo debiendo cumplir con las normas propias de un centro de trabajo (...), la aplicación del principio de realidad se entiende indiscutiblemente en el caso de discordia entre lo que ocurrió en la práctica y lo que surge de la documentación alegada por la demandada, debe darse prevalencia a lo que sucedió en el terreno de los hechos, esto es en materia laboral, lo que ocurre en la práctica es más importante que lo que las partes hayan pactado en documento; que la circunstancia de que el accionante posea número de RUC suscribiendo recibos por honorarios profesionales, (...) resulta irrelevante para el presente caso por el*

²⁶⁷ En donde se incluía una sanción pecuniaria por ausencias injustificadas y el cumplimiento de un horario.

principio de primacía de la realidad y por el contrario demostraría un caso de simulación o fraude laboral que tiene por objeto la de ocultar la relación real del reclamante, esto es de trabajador dependiente al servicio de su empleador, que además los derechos tutelados de los trabajadores contenidos en principios doctrinarios constitucionales, estipulados en normas generales y especiales son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento; que en toda la extensión laboral entre demandante y demandada predominan los caracteres esenciales, dependencia, subordinación, permanencia, regularidad, cumplimiento de una jornada laboral (...), los cuales tipifican dicha relación, conforme el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728; que la reiterada jurisprudencia de las Salas laborales han establecido que es prevalente el contenido de la relación y la forma en que se presta, sobre los términos de los documentos suscritos o acuerdos verbales que las partes hayan adoptado”.

- e) El principio de realidad no solo ha sido frecuentemente utilizado para hallar sustento a la pretensión de cobrar beneficios sociales sino también, como era de colegirse, para fundamentar la restitución del trabajador injustificadamente despedido de su centro de labores como lo señala el Tribunal Constitucional cuando resuelve la acción de amparo interpuesta por don Jorge Antonio Céspedes Bazán contra la Resolución expedida por la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el Exp. N° 521-99-AA/TC cito textualmente: “Que tratándose de seis años de servicios, no resiste el menor análisis que una labor o función que tenga tan extenso periodo de duración pueda considerarse razonablemente como temporal, pues la temporalidad significa lo circunstancial, lo fugaz o perentorio en el tiempo, por el contrario, ese periodo tan extenso no refleja sino la naturaleza permanente de la labor, máxime cuando –como se señaló antes– el caso del demandante no se halla bajo ninguno de los supuestos comprendidos por el artículo 2° de la Ley N° 24041, es decir, el contrato no fue para desempeñar obra determinada, ni para proyectos de inversión ni proyectos especiales ni para labores eventuales o

*accidentales de corta duración. El otro argumento es que, en virtud del principio de primacía de la realidad, resulta evidente que las labores, al margen de la apariencia temporal que se refleja en los contratos citados, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, por lo que atento a ello, mal haría este juez constitucional en considerar que la relación laboral mencionada tuvo carácter eventual. Esta consideración es de la más vital importancia, toda vez que **el principio de primacía de la realidad en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo**, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22º) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23º) (...) que revocando la apelada declaró improcedente la demanda; reformándola declara FUNDADA la Acción de Amparo; en consecuencia, ordena que la Municipalidad Provincial de Cajamarca proceda a reincorporar a don Jorge Antonio Céspedes Bazán en el cargo que venía desempeñando”.*

- f) La elaboración del concepto de despido fraudulento creada por el Tribunal Constitucional nace de la estricta aplicación del principio de primacía de la realidad como se aprecia en la Sentencia recaída en el Exp. N° 976-2001-AA/TC: “El despido fraudulento.- Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0628-2001-AA/TC, de fecha 10 de julio de 2002. En aquel caso se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era. En tal caso, este Tribunal consideró que: “El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22º y siguientes de la carta magna, debido a la falta de equilibrio de las partes que caracteriza a los contratos que regula el Derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y

oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica (...)”^{*}.

El TC ya había señalado en la Sentencia N° 833-2004-AA/TC que “en virtud del principio de primacía de la realidad –que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, según el cual, en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos– [...]”. La aplicación de este principio requiere de un minucioso análisis de los documentos que permita diferenciar lo que acontece en la realidad de aquello que se presenta de manera encubierta, para que tal evaluación nos lleve a concluir, sin ninguna duda, que los elementos típicos de un contrato de trabajo se configuran, pues solo de esta manera se podrá afirmar con absoluta certeza que nos encontramos ante una relación laboral²⁶⁸.

“[U]n contrato civil suscrito sobre la base de estos supuestos [prestación personal del servicio, remuneración y subordinación] se debe considerar como un contrato de trabajo de duración indeterminada, y cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral, solo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario, como ha sucedido en el caso de autos”²⁶⁹.

El principio de primacía de la realidad en el fondo tiene los mismos efectos que el instituto del fraude a la ley puesto que persiguen la aplicación de la norma específica de orden público, especialmente en los casos de derechos fundamentales y normas de convivencia social. Ambas instituciones en el ámbito laboral buscan desbaratar el fraude a los trabajadores por ejemplo

^{*} Fundamento Jurídico N° 6.

²⁶⁸ Tercer fundamento del Expediente N° 2040-2004-AA/TC-PIURA.

²⁶⁹ Sexto fundamento de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03710-2005-PA/TC.

cuando se utiliza a las personas jurídicas vinculadas para defraudar derechos laborales e incumplir obligaciones del empleador. El principio de primacía de la realidad es por naturaleza un defensor del orden público:²⁷⁰ “Si bien las partes suscribieron contratos mercantiles en el cual el accionante fungía de comerciante mayorista, de las propias cláusulas de ese contrato se está determinando la existencia de un contrato laboral, (...) que la circunstancia que el accionante posea la Declaración para la inscripción del Registro de Mayoristas, Declaración Jurada de Personas Naturales-impuesto a la Renta, Declaración jurada de Empresas para el Impuesto a la Renta-Patrimonio Empresarial-IGV y otros tributos, (...), resulta irrelevante para el caso (...), y por el contrario, demostraría un caso de simulación o fraude laboral que tiene como objetivo ocultar la relación real del accionante, esto es de trabajador dependiente al servicio de Sermer, con un marco jurídico distinto, situación que por lo demás constituye desconocimiento de los derechos laborales e inobservancia de los dispositivos legales en materia laboral, convirtiéndose en tal virtud la resolución del contrato, es un despido virtual y de hechos; que al haber cesado el accionante sin las formalidades de los artículos 6º y 7º de la Ley N° 24514, el despido deviene en improcedente (...).”.

El principio de primacía de la realidad persigue buscando la verdad de las cosas, dismantelar la indebida aplicación de una norma (de cobertura) en función de la cual se elude el cumplimiento de una norma imperativa o de orden público (norma defraudada), en el caso materia de análisis de naturaleza laboral. El ordenamiento jurídico, descubierta la conducta elusiva ilícita, repone las cosas a su orden natural, aplicando la norma imperativa o de orden público que intentó ser evadida, enervando la eficacia de la norma de cobertura que, tales como la legislación referida al contrato de locación de servicios, sociedades comerciales, personas jurídicas o contratos mercantiles.

²⁷⁰ Exp. N° 2241-91-CD/SS

En el principio de primacía de la realidad esta tatuada la idea del cumplimiento obligatorio de las normas primarias en que reposa el Estado y la conciencia de que el ordenamiento jurídico es un todo sin antinomias, y por tanto se repugna la sumisión a una norma mediante la cual se va obtener un resultado prohibido²⁷¹. Tengamos en cuenta que “las normas de orden público son normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas”²⁷² siendo el principio de primacía de la realidad uno de sus principales guardianes. Y es que “por orden público se entiende al conjunto de principios fundamentales, sean públicos o privados, sociales, económicos, culturales, éticos y hasta religiosos positivizados o no en la ley, que constituyen la base sobre la cual se asienta la organización social como sistema de convivencia jurídica que garantizan un ambiente de normalidad con justicia y paz, y asegura la existencia y estabilidad del Estado, sus poderes y su patrimonio, así como el respeto por la persona humana, su familia y sus bienes”²⁷³. El orden público es por tanto prescriptivo manda lo que puede o debe hacerse y lo que no se debe hacer en la vida social²⁷⁴.

El orden público lo definimos como el conjunto de principios esenciales, superiores y fundamentales sobre el que se sostiene la sociedad y el ordenamiento jurídico. Las normas de orden público, son por tanto normas inderogables e insustituibles pues constituyen la base de la existencia y conservación del orden social, político, económico y moral de una sociedad. De esta manera el mantenimiento, progreso y viabilidad de la estructura de una sociedad se protege mediante las normas de orden público, de las que dependerá su subsistencia. El orden público son las

²⁷¹ Cfr. ARIAS CAÑETE, Miguel, “Fraude de la ley y economía de opción”, en *Estudios de Derecho tributario*, I.E.F., Madrid, 1979, Vol. I, p. 505.

²⁷² RUBIO CORREA, Marcial, *Título Preliminar. Biblioteca para leer el Código Civil*, PUCP, Vol. III, Lima, 1998, p. 95.

²⁷³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto Jurídico*, 2ª ed., Idemsa, Lima, 2001, p. 66.

²⁷⁴ RUBIO CORREA, Marcial, *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, PUCP, Lima, 2006, p. 60.

normas mínimas para la convivencia social. Nótese que estos serán principios y normas no solo jurídicos, sino sociales, políticos, económicos y morales en los cuales reside la funcionalidad de una organización social. Es mediante instituciones como el principio de primacía de la realidad que se protege el orden público. En nuestro caso es el orden social establecido en el ámbito del trabajo subordinado y las personas jurídicas controladas o vinculadas.

Rendón Vásquez sostiene que el orden público inherente a las normas de trabajo consiste en que ellas son obligatorias e irrenunciables. Esto es, no se puede pactar menos de lo que ellas prescriben a favor del trabajador²⁷⁵. Y es que las normas laborales en su mayoría son de orden público pues buscan garantizar la efectiva protección del trabajador que por debilidad puede renunciar a los derechos que legítimamente le corresponden.

El orden público en el ámbito laboral va unido inexorablemente al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Ello se infiere del concepto mismo de este último principio que se define como el respeto ineludible a los derechos fundamentales del trabajador, cuya consagración legislativa la encontramos en el artículo 26º inciso 2 de la Constitución Política del Perú²⁷⁶ y el artículo III del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, que prescribe que “el juez debe velar por el respeto del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. Es así que podemos concluir que todo acto jurídico que intente burlar una norma laboral de orden público deviene en nulo *per se* porque no se puede válidamente pactar en contra de la Constitución. “La renuncia –a los derechos laborales– constituye en materia laboral un acto jurídico nulo de pleno derecho, en consecuencia, se produce sin necesidad de petición previa de los interesados”²⁷⁷.

²⁷⁵ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Manual de Derecho del trabajo individual*, Tarpuy, Lima, 1987, p. 15.

²⁷⁶ “En la relación laboral se respeta: (...) el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley”.

²⁷⁷ ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del trabajo*, 7ª ed., Ariel, Barcelona, 1981, p. 256.

“No es posible que el trabajador pierda derechos por su propia voluntad, toda renuncia será inexistente y nula. Este principio de irrenunciabilidad de derechos laborales se fundamenta en la necesidad de respetar el orden jurídico vigente toda vez que la renuncia de derechos implicaría entregar el imperio de la norma al arbitrio de los particulares o a la presión del más poderoso en la relación: el empleador”²⁷⁸. En definitiva el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales²⁷⁹ se vale del instituto del principio de primacía de la realidad para materializarse y dar tutela efectiva de los trabajadores. En síntesis, lo que se pretende evitar con el principio de primacía de la realidad es la evasión de normas de carácter imperativo, sin esperar para ello que se produzca un daño efectivo debido a este incumplimiento, pues lo que se persigue es la defensa de normas y derechos fundamentales²⁸⁰.

No importa la intención o conocimiento que las partes tengan de las normas de orden público laboral²⁸¹, pues no se sanciona específicamente la intención defraudatoria del agente, lo que se pretende defender es la plena eficacia de normas fundamentales para el ordenamiento jurídico y la sociedad, en otras palabras que las finalidades políticas, sociales y económicas de las normas sobre las que se sostiene nuestra organización político-social se cumplan. El fraude a la ley importa un acto fraudulento que permita eludir las reglas del Derecho de orden público, y de esta manera hacerlas vanas y de sustraerse de ellas, a través de un medio artificioso que permita eludirlas en forma indirecta como por ejemplo la utilización fraudulenta de la persona jurídica.

La Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador en su artículo 2º fija como su ámbito acción a los jóvenes en formación, trabajadores, ex

²⁷⁸ MARCENARO FRERS, Ricardo, *El trabajo en la nueva Constitución*, Cultural Cuzco, Lima, 1995, pp. 155-156.

²⁷⁹ MAURIER entiende que este principio consiste en la imposibilidad jurídica por parte del trabajador de privarse voluntariamente y en forma válida de una o más ventajas concedidas por el Derecho laboral. Citado por MARCENARO FRERS, *El trabajo en la nueva Constitución*, cit., p. 156.

²⁸⁰ Cfr. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *El abuso de la persona jurídica*, Tesis, UNMSM, Lima, 2002, p. 180.

²⁸¹ Recordemos que la Constitución en su artículo 109º señala que la Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el *diario oficial*.

trabajadores, organizaciones sindicales y empleadores, sean estos últimos personas naturales o jurídicas o privadas, como sujetos responsables del cumplimiento de las normas laborales de carácter legal o convencional, de promoción y formación para el trabajo, de seguridad y salud en el trabajo, sujetos al régimen de la actividad privada. Si bien no se precisa de manera expresa que los sujetos de inspección también pueden ser grupos de personas jurídicas o sociedades vinculadas que comparten personal, empero pueden ser fiscalizados como personas jurídicas, y a la luz del principio de primacía de la realidad, verificar si utilizando fraudulentamente a los entes colectivos se esta evadiendo el cumplimiento de obligaciones laborales.

La inspección del trabajo tiene por objeto la verificación del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad y salud en el centro laboral por autoridad administrativa del trabajo, Ministerio de Trabajo y Promoción Social, con la finalidad de cautelar los derechos de los trabajadores y prevenir futuros conflictos o riesgos derivados de la relación laboral²⁸². Muchos empleadores en labores especialmente riesgosas como la construcción civil, la electrificación rural, pesquería o la pequeña minería, incumplen las normas laborales y de seguridad laboral, y para efectos de eludir embargos por dicha causa o multas de la autoridad de trabajo, constituyen personas jurídicas infracapitalizadas, evitando efectuar aportes en especies o dinerarios en la empresa, utilizando sus cuentas y bienes propios para mantener operativa la compañía. El principio de primacía de la realidad evidenciara como el accionista mayoritario de la empresa es el empleador auténtico, esto es hace y deshace en la empresa “formal”, selecciona al personal, los clientes hacen los depósitos a su cuenta bancaria personal, compra los inmuebles a título personal, supervisa las labores y ejerce básicamente las atribuciones de un empleador. En estos casos el inspector debe considerar como al controlante de la persona jurídica que hace las veces de “empleador formal” como el “empleador real” y declarar la existencia de un copatronato el cual será

²⁸² Artículo 5º de la Ley de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, aprobado por el Decreto Legislativo N° 910.

responsable por las obligaciones laborales pendientes y las sanciones impuestas por la autoridad laboral o tributaria.

La inspección de trabajo tiene la función de control, supervisión y cumplimiento, la atribución de verificar los hechos y contrastarlos con la norma laboral, razón por la cual su principal herramienta de trabajo será la aplicación del principio de primacía de la realidad²⁸³ bajo el cual auscultara las relaciones laborales existentes en la actividad empresarial supervisada. La autoridad de trabajo en sus labores de control encontrara casos de utilización fraudulenta de personas jurídicas, basados en las relaciones de control o económicas existentes, y eventualmente permiten casos de abuso de derecho y elusión de obligaciones laborales.

La autoridad administrativa del trabajo ha sido facultada para determinar la existencia de una relación laboral e implícitamente detectar el fraude a la ley laboral mediante una persona jurídica a la luz del principio de realidad contemplado en el artículo 3º de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobada por el Decreto Supremo N° 910, cito textualmente: “en la aplicación de la ley se observan, especialmente, los siguientes principios rectores: la legalidad, primacía de la realidad, carácter irrenunciable de los derechos laborales (...)”. Asimismo, el artículo 3º del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2001-TR, señala que se debe aplicar el principio de primacía de la realidad, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos o actos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados. Si se descubre una intermediación laboral informal o la interposición de una persona jurídica para ocultar al verdadero empleador, el inspector podría determinar la relación laboral existente considerando al empleador que se oculta tras la fachada de esta formalidad.

²⁸³ Cfr, GARCÍA GRANARA, Fernando, “La primacía de la realidad en la inspección del trabajo”, en *Los principios del derecho de trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 405.

El inspector del trabajo, está facultado para aplicar el principio de primacía de la realidad, privilegiando sustantivamente la relación laboral verdaderamente existente sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones, artículo 5º de la Ley General de Inspección del Trabajo, en ese sentido la autoridad del trabajo tiene la obligación de identificar al auténtico empleador o copatronatos existentes, y resguardar los derechos laborales.

Incluso el artículo 9º del Reglamento de la citada Ley considera situaciones en las que es aplicable presunciones que coadyuvan a la aplicación del principio de primacía de la realidad por el servicio inspectivo en los siguientes casos:

- El trabajador realiza una labor o presta servicios en un cargo, similar o equivalente, a la de otro trabajador registrado en las planillas de pago de la empresa. Este puede ser el caso de un trabajador de una empresa vinculada que es destacado a otra, y realiza las mismas labores permanentes y estables que otro, empero su remuneración es menor pues formalmente pertenece a otra persona jurídica y no a la que presta sus labores de manera efectiva, situación en la cual el inspector debe reconocer la relación laboral en la empresa en la cual presta efectivamente servicios.
- Habiendo concluido los convenios de formación laboral juvenil, prácticas pre-profesionales o aprendizaje, o superado los límites legales, la persona continúa prestando los mismos servicios a la empresa que lo contrató. Este puede ser el caso de un grupo de personas jurídicas, con una administración corporativa común, que para efectos de eludir el límite máximo legal de los convenios antes mencionados, rota formalmente al personal en formación entre los miembros del grupo empresarial, empero en la práctica todos no se han movido de sus escritorios y están trabajando en la sede corporativa.
- La labor realizada por el trabajador se encuentra dentro de los puestos de trabajo calificados por norma expresa como laborales o de carácter

subordinado. Una serie de empresas vinculadas pueden acordar, emplear locadores de una de ella, para puestos laborales permanentes de la otra, y de esta manera eludir el cumplimiento de obligaciones laborales. En estos casos si el inspector laboral descubre este ardid debe establecer la relación laboral con el empleador formal y real (copatronato o pluralidad de empleadores).

- En la presentación de un servicio se comprueban las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo; y en el caso específico de la subordinación, manifestaciones tales como la existencia de un horario de trabajo, la reglamentación de la labor, el dictado de órdenes o la sanción en el desempeño de la misma. Esta tarea se vuelve particularmente compleja cuando existe personal destacado de personas jurídicas vinculadas sea como locadores o trabajadores de pseudointermediarias laborales, muchos empleadores defraudadores buscan creativamente formas de eludir sus responsabilidades laborales mediante la utilización de empresas controladas o de fachada.
- La presunción antes mencionada se aplica a las empresas de servicios especiales y cooperativas de trabajadores, cuando se constate cualquiera de las siguientes situaciones. Los inspectores laborales pueden determinar la utilización fraudulenta de empresas tercerizadoras y empresas de intermediación laboral. Se sabe de casos en los cuales la propia persona jurídica (empresa principal o usuaria) facilita los recursos para que terceros vinculadas a ella constituyan empresas de intermediación o tercerización, despide a sus trabajadores con engaños, y los transfiere a estas empresas, aunque en la práctica siguen haciendo las mismas labores, la idea es impedir que ingresen a planilla al haber superado el límite legal bajo modalidades laborales temporales, evitar que accedan a utilidades de la empresa principal y otros beneficios sociales.
- El personal destacado por una empresa de servicios especiales o cooperativa de trabajadores a una empresa usuaria es contratada por estas bajo un contrato diferente laboral o asociativo laboral según sea el caso. En este caso la relación

laboral se presume respecto de la empresa de servicios laborales o cooperativas de trabajadores. El inspector laboral presume la existencia de una relación laboral en el caso de sus trabajadores que destacan en empresas usuarias, empero también se presume la relación laboral con la empresa principal cuando el trabajador fue captado directamente por la misma, y luego se formaliza su situación contratándola a través de la empresa de intermediación con la cual no tiene vínculo material alguno, al punto que no ha pisado nunca sus instalaciones.

- La empresa usuaria no acredita la condición de trabajador destacado por una empresa de servicios especiales o cooperativa de trabajadores en este caso se presume una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado. Imagine, el caso de una inspección laboral en una empresa y esta alega que el personal destacado pertenece a una empresa de intermediación pero no lo acredita, obviamente se entiende la relación laboral directamente con la empresa usuaria.

La aplicación de estas presunciones debe basarse en la acreditación en hechos que evidencien la necesidad de reconocer la realidad de una relación laboral, sobre todo en casos de sociedades interpuestas, contraladas o vinculadas utilizadas para defraudar obligaciones laborales. Se trata del reconocimiento de hechos a partir de los cuales se resguarda los derechos laborales y se puede dictar solidaridad entre empleadores simulados y reales.

4.2. LA SOLIDARIDAD LABORAL EN LOS GRUPOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Es un verdadero problema que la legislación laboral nacional no cuente siquiera con una norma que identifique quien es el empleador en el ámbito de los grupos empresariales, especialmente para los casos del “personal del grupo.” De ahí, que anote Arce Ortiz que entre los problemas laborales que genera el grupo empresarial están determinar quién tiene el poder de dirección, el fraccionamiento

de su tiempo real de servicios, ¿quién va responder por los pagos que no realice una de las empresas del grupo? ¿todas las empresas, la empresa matriz o la empresa en la cual se prestaron los servicios? Súmanle a ello el problema de los derechos colectivos, por ejemplo, si un trabajador es elegido representante sindical en una persona jurídica del grupo, y luego este decide trasladar al trabajador a otras empresas vinculadas ¿se mantiene la representación sindical? ¿Cuál es el convenio colectivo aplicable a este trabajador?²⁸⁴

La interposición ilícita de sociedades para evadir obligaciones laborales es una estrategia recurrentemente utilizada por empleadores informales bajo el argumento de ahorrar de costos laborales a la empresa. El principio de primacía de la realidad marca el camino para desentrañar los casos de interposición de sociedades con el fin de defraudar acreedores laborales, siendo una de las consecuencias de dicho acto, la solidaridad laboral. El soporte fáctico de esta institución reside en la identificación de una unidad económica o empresarial o la existencia de un control o dirección sobre una o más empresas por un mismo grupo de personas naturales o jurídicas, comportándose en el terreno de los hechos como si fueran una única empresa, beneficiándose indistintamente de la labor del trabajador. Ello en virtud de que “el fenómeno supone la presencia de un único órgano rector, por tanto, patrón a efectos laborales”²⁸⁵.

El control de una persona jurídica implica un control efectivo y actual de dirección de los negocios sociales, e incluye el derecho de disponer de los bienes de otro como si fuera propietario²⁸⁶. El control societario permite la constitución de grupos de sociedades funcionales y organizados por un controlador (persona física, sociedad, grupo, consorcio, sindicato, etc.) que impone su propia voluntad y dicta

²⁸⁴ ARCE ORTIZ, ELMER, Y OTROS. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN LAS EMPRESAS VINCULADAS Y EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS. REVISTA SOLUCIONES LABORALES. AÑO 3. NÚMERO 29. MAYO 2010. GACETA JURÍDICA. LIMA- PERÚ. 2010. P.59

²⁸⁵ Sentencia de 04.07.84 del Tribunal Central de Trabajo (*ibidem*, p. 462).

²⁸⁶ Cfr. CHAMPAUD citado por Martorell, Ernesto, *Los grupos económicos y de sociedades*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 215

las políticas, planes y programas de su gestión²⁸⁷. El control de una persona jurídica se expresa en el poder de adoptar por la sociedad comercial, su política financiera, comercial, de inversiones, fiscal y destino de sus utilidades y beneficios²⁸⁸.

El derecho de control de una persona jurídica, es una facultad derivada del derecho a la libertad de empresa, libertad de contratación y el derecho del trabajo, en consecuencia merece ser respetado y promovido como un mecanismo válido para organizar las empresas y la actividad económica. El control de la persona jurídica permite dirigir, regir y gobernar el destino de un ente colectivo a efectos de desarrollar de manera más eficiente y competitiva una determinada actividad económica²⁸⁹. Así, el titular de este derecho, persona natural o jurídica, puede determinar la actuación de la persona jurídica controlada. Ello significará una situación de dependencia que se traduce, a su vez, en una relación de subordinación.

Las relaciones que se establecen entre sociedades dominadas y la dominante, pueden nacer por operaciones de garantía, por la dotación de personal, por la provisión de tecnología, materia prima, bienes, la asunción de gastos de investigación, otorgamiento de préstamos, transferencia de marcas, diseños industriales, *know how*²⁹⁰, *leasing*²⁹¹, consorcios, *joint ventures*²⁹², operaciones de

²⁸⁷ Cfr. FERRO ASTRAY, José A, *Empresas controladas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 13.

²⁸⁸ Cfr. DE AGUINIS, Ana María, *Control de sociedades*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 25.

²⁸⁹ Vale la pena indicar que el tener el control es equivalente a dominar, que es una forma de expresión del poder que Weber definía como la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado.

²⁹⁰ Término relacionado a los conocimientos prácticos, técnicas o criterios utilizados en la elaboración o diseño de un proyecto y que se pueden volver a usar al realizar otros proyectos. Habilidad con que cuenta una organización para desarrollar sus funciones, productivas y de servicios; mediante conocimientos preexistentes no siempre académicos, que incluyen: técnicas, información secreta, teorías e incluso datos privados.

²⁹¹ Es un contrato de arrendamiento financiero que incluye una opción de compra para el arrendatario sobre el bien recibido en *leasing*, que podrá ejercitar al final del contrato por un precio que se denomina valor residual y que, obligatoriamente, debe figurar en el contrato de arrendamiento financiero. Desde una visión económica, permite la adquisición de bienes con una serie de ventajas frente a una adquisición con pagos aplazados (compras a plazos).

²⁹² Alianza estratégica o alianza comercial, que implica un acuerdo de inversión conjunta a largo plazo entre dos o más personas naturales o jurídicas.

salvataje (cuando se hace cargo de pasivos), suministro, para reducir la carga impositiva, entre otros.

El derecho no reprime el fenómeno del control de la persona jurídica en sí mismo, ni el de la dirección unitaria. Lo que sanciona es únicamente la dirección que genera daños a las sociedades, socios, acreedores o el Estado²⁹³. El control puede implicar un abuso de los recursos de la sociedad controlada, y naturalmente ello aparejara responsabilidad patrimonial al controlante²⁹⁴ y adicionalmente responsabilidad administrativa y penal cuando hubiere lugar. Ejemplo: las defraudaciones fiscales a través de los miembros de un grupo de sociedades; la utilización de la responsabilidad limitada de la sociedad unipersonal con fines ilícitos o la fragmentación irregular del patrimonio la empresa para eludir responsabilidad civil.

Se trata de casos de utilización de la persona jurídica, como normativa de cobertura, para eludir la aplicación de una norma de orden público laboral, consiguiendo un resultado contrario al previsto por el ordenamiento jurídico, esto es, esto es un hecho ilícito. El problema se sitúa en los casos de sociedades interpuestas para burlar una ley laboral o previsional, en otros casos la sociedad (empleador formal) ha sufrido un traspaso irregular de patrimonio en perjuicio de acreencias laborales, o bien siendo miembro de un grupo de personas jurídicas ha sido utilizada por la sociedad dominante para provocar fraudes laborales. Si la autoridad de trabajo detecta esta circunstancia realizara acciones tendientes a la aplicación de la norma de orden público laboral que se ha intentado burlar; medidas de protección al trabajador; extensión de la responsabilidad patrimonial a otra sociedad controlante; y de ser el caso, a la persona natural, según quien sea el controlante; y la aplicación del carácter persecutorio del crédito laboral.

²⁹³ Cfr, RICHARD, Efraín Hugo, *Las relaciones de organización y sistema jurídico del Derecho privado*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, p. 271.

²⁹⁴ “El poder de dirección no es por sí sola razón suficiente para imponer la responsabilidad de la sociedad dominante, a estos efectos es necesario que dicho poder sea ejercido de modo abusivo, sin tener en cuenta los derechos de la sociedad dominada (...)” (FALCONÍ CÁNEPA, Julio, *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociedades*, Grijley, Lima, 2005, p. 450).

La actuación de la persona jurídica como mero recurso para burlar una ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, traerá como consecuencia que se impute directamente responsabilidad a los socios o a los controlantes que lo hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios ocasionados. En ese contexto, el procedimiento concursal se extiende a toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la persona jurídica concursada, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a los acreedores. Evidentemente, se deberá probar la efectiva utilización de la sociedad como instrumento legal para alcanzar los fines expresados. Los supuestos más comunes de fraude a los derechos laborales mediante la utilización de una persona jurídica son:

- a)** la sociedad (empleador) carece de actividad real y se dedica al tráfico de personal a otras empresas, lo que se puede inferir de la falta de tributación, ausencia de autorización para operar o la cancelación de la misma, carencia de independencia de patrimonio, adquisición de bienes no relacionados a su objeto social y otros hechos, que en conjunto demuestren la función de mera fachada formal de la sociedad. El principio de primacía de la realidad descubrirá este ardid y hará responder al verdadero empleador por las obligaciones laborales pendientes.
- b)** una persona natural (empleadora) constituye una sociedad comercial con el propósito de trasladar a sus trabajadores a la misma, sin garantizar sus créditos laborales, aunque mantiene de facto el poder de dirección sobre sus supuestos “ex trabajadores”. En estos casos deberá aplicarse el principio de realidad y hacer responsable no solo a la sociedad de fachada (empleador formal) a la que se traslada el personal sino al supuesto “ex empleador” que en términos reales siguió siéndolo.

- c) se efectúa un traspaso irregular del fondo empresarial de una sociedad a otra (vinculada), dejando subsistente la otra (descapitalizada). En estos casos, se utiliza a la sociedad vinculada como un mero instrumento para sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones laborales. La aplicación del principio de primacía de la realidad y el carácter persecutorio del crédito laboral será más que pertinente.
- d) la existencia de dirección unificada de un grupo de personas jurídicas puede traer como consecuencia la disposición compartida de recursos materiales y personal para maximizar la eficiencia de la unidad o alianza. En este supuesto el personal de la sede corporativa así como el personal compartido tendrán derecho a que sus créditos laborales sean garantizados por el grupo de personas jurídicas a las que sirvieron.
- e) no es extraño que producto de un contrato de asociativo o de colaboración empresarial se permita el tráfico de personal y la instauración de un copatronato aunque formalmente los trabajadores solo dependan de una de las empresas asociadas. En estos casos es factible que en estricta aplicación del principio de realidad, se establezca una solidaridad laboral entre las empresas involucradas.

Una buena parte de casos de utilización fraudulenta de la persona jurídica se vinculan sucesión empresarial en el ámbito laboral, lo cual la vincula al principio de continuidad, resultando lógico y razonable la permanencia de los trabajadores en la empresa, cualquiera sea su titular, mientras materialmente la fuente u origen de su trabajo perviva.²⁹⁵ En buena cuenta la empresa puede cambiar de manos (dueños), de manera formal o de facto, en esta cesión de posición contractual, material, los nuevos titulares de la empresa, serán los nuevos empleadores ejemplo las fusiones y otras formas de reorganización empresarial. En el ámbito laboral nacional no existe respuesta expresa de nuestro ordenamiento jurídico al

²⁹⁵ Cfr, PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 202.

fenómeno de las transferencias de trabajadores producto de fusiones, escisiones reorganizaciones empresariales complejas, etc. Así que el asunto en la práctica se resuelve de manera de hecho y en desigualdad de condiciones, mediante la renuncia a la empresa que se está fusionando o escindiendo, y luego el nuevo titular de la actividad empresarial decide si desea contratarlo en iguales condiciones bajo el lema de nuevo dueño, nuevas reglas y formas de trabajar. La doctrina y jurisprudencia actual atacan estos fenómenos mediante dos institutos: el principio de primacía de la realidad y el principio de continuidad especialmente útiles en casos de transferencias de trabajadores a empresas vinculadas o de un mismo grupo de empresas o las transferencias de trabajadores como consecuencia de la sucesión empresarial.

Las reglas generales en las transferencias de personal en supuestos de sucesión empresarial son básicamente cuatro: a) el nuevo titular de la empresa adquiere la obligación del pago de beneficios sociales del trabajador, si es que el transferente no canceló dichos conceptos; b) el nuevo titular de la empresa, ahora será titular de la relación laboral pre existente aplicándose las reglas de la novación subjetiva y cesión de posición contractual en lo que corresponda. Cada sucesión empresarial no implica un cese laboral sino la continuación de la relación de trabajo en esta unidad económica; c) cuando la transferencia de personal implica un copatronato por las obligaciones devenidas de una relación laboral responderán solidariamente las empresas implicadas; d) En caso de privatizaciones de empresas estatales sin haberse cancelado los beneficios sociales de los trabajadores, el Estado como el nuevo titular de la empresa son solidariamente responsables²⁹⁶. En el Exp. N° 4860-2002-IND ante la existencia de una sucesión empresarial, se determinó que la nueva empresa asume el pago de beneficios sociales de la siguiente manera: “está acreditada la sucesión empresarial, dado que los mismos accionistas que controlaban la empresa donde inicialmente laboraron, han constituido la nueva empresa donde últimamente

²⁹⁶Cfr. MORALES CORRALES, Pedro, “Sucesión empresarial”, en VV.AA., *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004, pp. 257-273.

laboraban, y es así que por su condición de socio mayoritario es evidente que debía conocer la situación laboral del demandante, por lo que se puede concluir que la empresa Pana Foto S.A. se subrogó a la empresa Revelados S.A. pasando a realizar sus mismas actividades con el mismo personal, razón por la cual correspondía asumir también la obligación de reconocer y respetar los derechos de los trabajadores de su antecesora, respondiendo por sus beneficios sociales”.

Ciertamente, hasta la fecha nuestro ordenamiento laboral no se atreve a regular de manera expresa la problemática de los grupos laborales y su impacto en el derecho de los trabajadores, y ha tenido que ser como vemos, la jurisprudencia la que ha tenido que resolver la cuestión sobre la base de los principios laborales, especialmente el principio de primacía de la realidad y el de continuidad. Sin embargo, los regímenes laborales especiales, la tercerización y la intermediación hacen cada vez más complejo poder resolver adecuadamente esta problemática social en detrimento de los trabajadores especialmente en el ámbito del nivel de remuneraciones, antigüedad (record laboral), condiciones laborales, estabilidad laboral y utilidades.

4.3. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LOS GRUPOS DE PERSONAS JURÍDICAS

El principio de la realidad nos permite descubrir la realidad primaria de las cosas, para conforme a esta aplicar la norma de orden público que se ha intentado burlar, lo que en el contexto empresarial, implicará el descubrimiento del verdadero empresario, patrono “de verdad”, del señor o dueño del negocio. Sostenemos que mediante el principio de primacía de la realidad se pueda lograr sancionar la utilización fraudulenta de la persona jurídica, vale decir responsabilizar a los artífices de dicho hecho. No interesa la formalidad jurídica que asume un grupo de personas jurídicas, sino su comportamiento como empleador en cuanto ejerce el

poder de dirección sobre los trabajadores²⁹⁷. El desplazamiento patrimonial subrepticio de beneficios de una sociedad a otra es una modalidad de fraude a la ley laboral y tributaria. Los trabajadores en general se perjudicarán al disminuir la garantía que respalda sus créditos laborales, previsionales y utilidades. El otro problema es el ocasionado por compartir trabajadores (personal nómade) y la aparición del personal del grupo o la sede corporativa. El principio de primacía de la realidad nos permitirá observar la verdadera dimensión de estas relaciones laborales.

El trabajador que laboró en varias empresas de un grupo, por indicación de la sede corporativa, la matriz o la sociedad controlante, tiene garantizado el pago de sus beneficios sociales por el grupo económico o unidad empresarial. En el Perú, no existe una previsión legal expresa que permita responsabilizar a los empleadores que a través de transferencias de personal entre sociedades vinculadas pretenden burlar los derechos laborales. El grupo de personas jurídicas (empresas) es la entidad empleadora, ejemplo “una empresa domiciliada en el Perú, y que por decisión de la casa matriz –el trabajador– va ser trasladado dos años a Inglaterra, sin que ello signifique un corte de la relación laboral con la empresa peruana, pues el trabajador (...)” cabiendo la posibilidad incluso de ser trasladado “a una tercera empresa del mismo grupo, que tiene su sede en Argentina.”²⁹⁸. El grupo empresarial en estas circunstancias hace las veces de un solo empleador puesto que efectivamente las empresas vinculadas en las cuales laborará el trabajador y la sociedad matriz que eventualmente dispone el trabajador, deberán responder por los beneficios sociales del mismo al ejercer los atributos del empleador (poder de dirección, fiscalización y disciplinario) o como consecuencia de la existencia de un copatronato. Al respecto podemos citar los siguientes supuestos: a) la transferencia de personas entre sociedades o la costumbre de compartirlos periódica o simultáneamente; b) la constatación de un

²⁹⁷CFR, ARCE ORTIZ, Elmer, “Grupo de empresas y Derecho laboral”, en *Ius et Veritas*, año XIII, N° 26, Lima, 2003, p. 257.

²⁹⁸LORA ÁLVAREZ, Germán, “El grupo de empresas: ¿entidad empleadora?”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, año XIX, N° 58, Lima, 2004, pp. 195-196.

copatronato respecto a los trabajadores transferidos entre varias empresas; c) la celebración sucesiva de contratos de trabajo con los miembros del grupo de sociedades o la suspensión del referido contrato en beneficio de una de los miembros del grupo; d) circulación o movilidad de los trabajadores de un grupo de sociedades entre sus miembros. Siempre que una o más personas jurídicas, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras constituyendo un conjunto económico serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social solidariamente responsables.

Las personas que integran un grupo de personas jurídicas prestan a esta toda su actividad o parte principal, en forma personal y habitual y con sujeción a instrucciones o directivas, serán considerados como trabajadores dependientes del grupo. En Colombia son famosos los fallos que responsabilizan solidariamente a sociedades vinculadas o pertenecientes a un grupo económico en caso de fraude a los derechos pensionarios como se observa de la Sentencia de la Corte Suprema SU-1023/01, que aplicó la presunción de responsabilidad subsidiaria, artículo 148º de la Ley Nº 222/95, en cabeza de la sociedad controlante, por pasivos de sociedad controlada. El papel desempeñado por la solidaridad entre sociedad dominante-dominada es la conservación de la integridad patrimonial de las sociedades dominadas e incentivo a una gestión diligente del grupo²⁹⁹.

Agreda Aliaga nota preocupado que “formalmente, si un trabajador es trasladado de una empresa a otra dentro de un mismo grupo, se configura un nuevo vínculo laboral. Ello, en principio, implicaría que todos los beneficios obtenidos por el trabajador en la primera empresa se extinguirían al momento del cese formal y se computarían unos nuevos desde su ingreso a la nueva empresa. Evidentemente, la fórmula antes descrita resultaría perjudicial para el trabajador, en el sentido de que por una decisión empresarial tomada en función de la pertenencia a un grupo

²⁹⁹ BOLDO RODA, CARMEN, “LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL”, EN REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES, BUENOS AIRES, 1997, P. 32.

(y que, probablemente, se encuentre obligado a acatar), determinarían la pérdida de derechos ya devengados o de plazos ya cumplidos, algo que no debería ser permitido.”³⁰⁰ Sin embargo, el vacío legal actual lo permite, y dicha deficiencia solo es posible de corregir a nivel de la jurisprudencia, siendo claro que este no es el escenario querido ni deseado, pues no es una protección segura el trabajador al existir demasiada discrecionalidad en la decisión judicial, sobre todo si se ciñe a un aspecto puramente formal. En ese sentido, Pla Rodríguez reconoce la existencia del principio de continuidad como un mecanismo útil, al suponer la tendencia de atribuirle a la relación laboral la duración o permanencia más larga posible, desde cualquier punto de vista y en todos los aspectos.³⁰¹ Así, el principio de continuidad aplicado al traslado de personal al interior de un grupo empresarial, supone reconocer solo una relación laboral, con todas las implicancias y complicaciones que ello puede traer, en la medida que el empleador real en el fondo es el grupo que personifica su poder de dirección, en una unidad corporativa, matriz o un administrador de hecho.

Lamentablemente, es moneda corriente, el “uso del corte” de la relación laboral de un miembro del grupo empresarial, siendo traspasado a otro miembro, donde sus condiciones laborales pueden ser inferiores a las que había ganado, especialmente cuando es trasladado a una empresa tercerizadora o de intermediación laboral vinculada al grupo empresarial. Las complicaciones de ello se ven claramente en dos aspectos fundamentales: el periodo de prueba y el cómputo de antigüedad del trabajador al momento de la extinción de la relación laboral. Piénsese en el caso del trabajador que originalmente postula a una de las empresas miembros del grupo, y en vez de ingresar al mismo, se le contrata por una empresa de intermediación laboral vinculada, y posteriormente luego de tres años de probar su “valía”, un miembro del grupo empresarial lo contrata directamente, pero antes de cumplir el periodo de prueba lo despide, lo que

³⁰⁰ AGREGA ALIAGA, JORGE ORLANDO. LAS IMPLICANCIAS JURÍDICAS DEL TRASLADO DE TRABAJADORES EN EMPRESAS DEL MISMO GRUPO. REVISTA SOLUCIONES LABORALES. AÑO 3. NÚMERO 29. MAYO 2010. GACETA JURÍDICA. LIMA- PERÚ. 2010. P.15

³⁰¹ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO. TERCERA EDICIÓN. EDICIONES DE PALMA. BUENOS AIRES. 1978. P.219

formalmente es lícito, sin embargo yendo al fondo de la cuestión de lo realmente ocurrido se constata el fraude laboral.

El tratamiento del periodo de prueba entonces deberá entenderse satisfecho una vez superado en una empresa miembro del grupo, o en su condición de trabajador de una tercerización con destaque o una intermediación laboral que brinda sus servicios al grupo empresarial, especialmente cuando se le contrata en la misma labor o especialidad en el que se desempeñó en su anterior condición laboral. Todo lo cual implicaría que el record laboral o antigüedad se computara desde la primera empresa del grupo en la que inició sus labores, y en el caso, de haber ingresado a laborar por una contrata a un puesto de trabajo permanente, se computara desde entonces.

Con relación al artículo 1º del Decreto Legislativo N° 816, que establece que los trabajadores que tengan en una empresa más de cuatro (04) años de servicios tendrán derecho a una póliza de seguro de vida, la que deberá ser contratada obligatoriamente por el empleador. Una utilización fraudulenta del poder de dirección del grupo empresarial, pudiera llevar a rotar al personal convenientemente (previo corte) para evitar otorgarle dicho beneficio social, y ahorrar costes a la empresa.

Otro auténtico dolor de cabeza es el reconocimiento de participación en las utilidades del grupo empresarial que al no estar regulado sería poco menos que improbable, o mejor dicho imposible. Todo un vacío, con el cual esa obligación que tienen todos los empleadores de distribuir entre sus trabajadores un porcentaje de sus utilidades queda a merced de la discrecionalidad de los controlantes del grupo, que convenientemente pueden incorporar en la planilla de la empresa con menos utilidades a la mayoría de trabajadores, y compartirlos convenientemente entre todos los miembros del grupo según sus necesidades. Si ya era todo un problema en el régimen de PYMES, controlar las maniobras de escisión o traslado de personal que hacían los empleadores para evitar superar el límite de 20

trabajadores para efectos del reparto de utilidades, este problema se complica cuando nos encontramos frente a un grupo empresarial.³⁰²

Sin embargo, uno de los derechos más afectados es la libertad sindical puesto que en un grupo empresarial, negociaran tanto sindicatos como personas jurídicas existan, circunstancia que se puede resentir con los traslados de personal y adicionalmente, en la degradación de la fuerza sindical al tratarlos por empresas, y no como el sindicato del grupo empresarial como sería lo natural, al ser una única la fuerza directriz o empleador real, personificado por la sociedad matriz, el área corporativa administrativa o el administrador de hecho. Este fenómeno ha sido ignorado olímpicamente por la Ley de Relaciones Colectivas, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que solo admite los sindicatos de empresa, de rama de actividad, de gremio y de oficios varios, pero no de grupo empresarial, no obstante que en el caso de los PYMES se reconoce la existencia de este fenómeno empresarial. Aunque parezca algo absurdo, si no se regula adecuadamente los grupos empresariales, podría ocurrir que utilizando las subjetividades distintas se obstaculice la constitución de sindicatos, al evitar que superen los veinte (20) trabajadores por empresa vinculada, cuestión que debe ser superado por una legislación laboral clara y frontal al respecto, como la que existe para el acogimiento del régimen laboral de PYMES. En este punto, debemos recordar el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT establece que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas, lo que en teoría debería ser suficiente para que la autoridad administrativa permita la constitución de un sindicato de grupo empresarial, aunque el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, no contempla dicha posibilidad, ello pudiera ser corregido en cumplimiento del mencionado convenio.

³⁰²CFR, AGREGA ALIAGA, JORGE ORLANDO. IBIDEM. P.16-7

Por otra parte, el principio de primacía de la realidad aplicado al campo de los grupos de sociedades, personas jurídicas vinculadas o interpuestas busca descubrir al empleado “auténtico” y dar cumplimiento a las normas de orden público laboral. En ese sentido, cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman un grupo, estas son solidariamente responsables por sus beneficios sociales. Se puede presumir la existencia de un grupo cuando: a) desarrollan en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva; b) exista relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas o directorio con poder decisorio fueran comunes; c) los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; d) Utilicen una idéntica denominación, marca o emblema; e) existencia de controlantes internos o externos que conducen al grupo de personas jurídicas como una sola unidad económica. Ello permite inferir que la transferencia de trabajadores entre empresas que forman un grupo –de sociedades– no afecta las remuneraciones ni el record laboral del trabajador. El manejo empresarial de un empresario de las sociedades bajo su control no puede afectar los beneficios sociales y previsionales de los trabajadores, que pese a las transferencias mantienen vigentes e intactos sus derechos laborales.

La transmisión de la empresa o sustitución del empleador por actos de fusión, absorción u otros similares, o los cambios de titular, nombre o giro no interrumpen las relaciones laborales vigentes. Si el empleador, persona natural, fallece y sus herederos continúan con el negocio, las relaciones laborales prosiguen. También prosiguen cuando el empleador, persona natural, transfiere el negocio. De ello se colige que la transferencia del fondo empresarial o hacienda de comercio implica la continuación de las relaciones laborales y la responsabilidad solidaria entre el transferente y el adquirente, la cual solo fenece si el primero demuestra que canceló los adeudos pendientes a la fecha en que era empleador. El objetivo es evitar que, mediante la transferencia de empresas, personas jurídicas o fondos de comercio, se lesione los derechos de los trabajadores. En ese sentido, el

transferente como el adquirente responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al empleador sustituido, por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, convenios colectivos o ley nacidas antes de la fecha de sustitución. La renuncia del trabajador meramente formal o aparente no afecta la aplicación de estos derechos. En síntesis, se evitan los fraudes a los derechos de los trabajadores mediante interposición de sociedades o transferencias irregulares, cuando se imputa al empresario adquirente y transferente la responsabilidad de las obligaciones laborales.

La aplicación del principio de la realidad implica el descubrimiento del empresario verdadero, del empleador o patrono “de verdad” o el controlante de la actividad económica. La realidad nos enseña que quienes llevan las riendas del negocio o empresa no siempre son los que tienen formalmente el control o propiedad de la empresa, ahí tenemos los agentes, factores, hombres de paja o sociedades dominadas vinculadas como una muestra de ello. De ahí, que es el caso del patrón aparente, definido como el agente que se viste de la apariencia de patrón, no siendo en la realidad más que un títere de la voluntad de un tercero. El empleador aparente identifica los siguientes supuestos³⁰³:

- a) **La existencia de un empresario aparente.** Esto es una persona finge tener las riendas de un negocio a efectos de favorecer a un tercero quien es el verdadero titular de la empresa.
- b) **La existencia de un empresario simulado.** En este supuesto el empresario dueño del negocio aparenta estar a cargo de un tercero, a efectos de eludir sus obligaciones, y atribuirle al mismo dichas responsabilidades.
- c) **La existencia de un empresario oculto o administrador de hecho,** que se puede definir como aquella persona que directamente o por medio de persona interpuesta, ejerce *ipso facto* la administración de la sociedad. Como se puede deducir, el empresario oculto es equiparable en ciertos casos al controlante externo de la persona jurídica. La condición de empresario oculto se asigna a una persona que ni aparece en el contrato social ni en el acto de su registro y

³⁰³ Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, *El empresario aparente*, Civitas, Madrid, 1992, p. 28.

sin embargo, participa de los resultados de la empresa. El sujeto actúa detrás del testaferro es el empresario o socio oculto³⁰⁴. El poder de dirección, fiscalización y sancionador del empleador puede estar compartido –existencia de un copatrón– o en todo caso se ha cedido temporal o indefinidamente dicha facultad a un tercero o una sociedad vinculada.

La solución entonces será la aplicación del principio de primacía de la realidad que permita descubrir al auténtico empresario, para que soporte los riesgos propios de la actividad empresarial, y evitando se escude de la responsabilidad detrás de un hombre de paja o prestanombre³⁰⁵. La persona que ejerce el dominio de una persona jurídica, con fines ilícitos, acarrea responsabilidad patrimonial ilimitada del controlante o administrador de hecho³⁰⁶. De esta forma, se instaura una solidaridad laboral entre el patrono aparente y el patrono auténtico, que dadas las circunstancias deberán formar un litisconsorcio necesario pasivo.

Los indicios de la existencia de un empresario aparente pueden ser la falta de local propio, la actividad económica autónoma, la ausencia de gestión empresarial, la carencia infraestructura, o giro que hiciera necesario el personal contratado, la falta efectiva de organización, dirección y control de los trabajadores.

Los grupos de sociedades y empresarios aparentes dan lugar a la constitución de copatronatos que se pueden identificar por los signos exteriores siguientes³⁰⁷: la falta de clientela abierta; dependiendo exclusivamente de la codemandada; la cesión continua de personal, la infrapatrimonialización de la sociedad, que la hacía notoriamente inútil para cumplir su objeto social; la inexistencia de jefe de personal, mandos medios, personal administrativo o técnicos calificados para realizar el trabajo de dirección de la empresa o en todo caso este personal es

³⁰⁴ Cfr, GALGANO, Francesco, *Derecho comercial*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, vol. I, p. 243.

³⁰⁵ Los que están en contra de esta tesis afirman que la quiebra del empresario aparente, es un riesgo que debe correr todo acreedor falto de diligencia por no haber verificado la solvencia de su deudor antes de contratar. Sin embargo, a los acreedores involuntarios o débiles como los extracontractuales, los trabajadores, pequeños proveedores, etc., no se les puede exigir semejante deber.

³⁰⁶ Cfr, FERRO ASTRAY, *Empresas controladas*, cit., p. 86.

³⁰⁷ Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, *El empresario aparente*, cit., pp. 35-95.

compartido; la existencia de simulación de una sociedad –empleador formal– que carece de estructura administrativa o bienes para el desarrollo de su objeto social; la existencia de una sociedad cuya única actividad es contratar personal para luego cederlo de facto a sociedades vinculadas; la prestación laboral del trabajador indiferenciada a las empresas de un grupo o sociedades vinculadas, por las que percibe una sola remuneración; el domicilio social del empleador formal o aparente coincide con el del empleador verdadero, lugar donde se ejecutaba la prestación laboral; las dos empresas explotan en común elementos y medios de producción; la aplicación del mismo reglamento de trabajo; la sujeción del trabajador al poder de dirección de distintas empresas; la interposición de sociedades o existencia de empresas ficticias; la constatación de un falso factor o dependiente o un representante simulado, que en los hechos es el verdadero empleador; el fraude a la ley en una aparente sucesión empresarial, en estos casos en que no ha existido real y efectiva sucesión empresarial, el ex empleador conserva su condición real de empresario; la conducta preprocesal y procesal del empresario verdadero y aparente, a efectos de realizar todo esfuerzo razonable para evitar confusiones sobre sus identidades; la constancia de trabajo, documentación laboral o material de trabajo con signos notorios del verdadero empleador; la constatación de que el verdadero empresario intenta eludir el cumplimiento de sus obligaciones laborales, ocultando su condición de tal, con solo interponer entre él y los trabajadores un falso mandatario actuante en nombre propio o, incluso, interponiéndose él mismo entre los trabajadores y un falso empresario generalmente sin patrimonio suficiente para hacerse cargo de los créditos laborales.

La responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales tiene su sustento en dos cuestiones fácticas específicas: el control de una persona jurídica y la existencia de una unidad empresarial distinta identidad jurídica de las sociedades que la conforman.³⁰⁸ La realidad económica de la empresa reclama ser reconocida para efectos de no afectar derechos fundamentales de los trabajadores. La

³⁰⁸ Entre los hechos probados, la sentencia cita que las sociedades aparecían al exterior en unos casos como empresas agrupadas, en otros como grupo de empresas y en otros como una sola empresa.

determinación de esta realidad se evidenciara al dar respuesta al quién contrala a la persona jurídica y cómo se controla la empresa, dónde está el centro de decisión o dirección: con ellos se revelará la auténtica realidad empresarial. Las apariencias formales dan lugar a fantasmas y mitos, a quienes si se les persiguen pueden llevarnos a un mundo donde el derecho este de espaldas a la realidad social y termine consagrando situaciones injustas. La globalización de la economía y el triunfo del liberalismo (así como su crisis) enfrentan a los jueces laborales a una realidad, donde nada es necesariamente lo que parece, y donde van a tener que ser por sobre todas las cosas, descubridores de la realidad. Los intereses económicos y capitales en pocas manos suelen crear escenarios injustos, el poder ilimitado corrompe, y es la autoridad judicial quien deberá determinar cuándo se está abusando del control de una persona jurídica y se está yendo más allá de lo socialmente tolerable. El Juez no es el siervo de la ley sino quien le da vida al Derecho en la realidad social y la concreta singularización humana del caso en concreto en que la aplica. El juez de alguna forma es un historiador que descubre no una ficción, sino una obra de elección y de construcción sobre hechos reales preexistentes y concretos. En el fondo el copatronato o unidad patronal en grupos de personas jurídicas vinculadas o controladas es una institución jurisprudencial cuya consagración legislativa caerá por su propio peso, sin resentimientos ni reclamos. Actualmente, la regulación del copatronato en grupos de sociedades o la de la unidad patronal en sede corporativa del grupo son situaciones no reguladas por nuestro ordenamiento jurídico. Empero, nuestros jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, casos en los cuales se aplican los principios generales del Derecho.³⁰⁹ Este es un deber funcional de los jueces que los obliga a resolver conflictos de intereses incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual se aplicarán los principios generales del Derecho³¹⁰, la doctrina y la jurisprudencia.³¹¹ Ausente la norma expresa

³⁰⁹ Artículo VIII del Código Civil

³¹⁰ Los principios generales son guías o ideas, fuerzas con contenido normativo propio que recogen en forma esquemática las orientaciones fundamentales de la realidad específica de lo jurídico. Desde una óptica sociológica son productos culturales, esto es, respuestas que da la sociedad para fortalecer la convivencia y paz social.

³¹¹ Artículo 50º del Código Procesal Civil

reguladora de los límites del control corporativo y de grupos de sociedades, el juez podrá recurrir a las aplicaciones del principio de primacía de la realidad en estos casos, a la doctrina especializada en la materia y a la jurisprudencia de los altos tribunales peruanos para resolver la controversia, e incluso lo resuelto por cortes extranjeras en casos similares. Y así lo entiende el artículo I de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, en que se señala, que el proceso laboral se inspira, entre otros, en el principio de veracidad o de realidad³¹²; que en el supuesto bajo análisis permitirá hacer responder a los efectivos titulares de la actividad empresarial, imputándoles a ellos las obligaciones laborales, careciendo de poder disuasorio la estructura formal construida³¹³. Ningún juez laboral con pruebas objetivas en el expediente de la utilización fraudulenta de la persona jurídica para eludir obligaciones laborales puede negarse a dictar una sentencia declaratoria de solidaridad laboral entre el controlante y la empresa de fachada. Ciertamente, la solidaridad laboral es una institución nacida de dos razones la equidad y el control de la actividad económica, que dan lugar al adagio de quien está en mejor condición de soportar los riesgos asumir el resarcimiento de los daños que se generen de la actividad. Los casos de intermediación laboral, tercerización, construcción civil, grupos económicos en el ámbito de las PYMEs, seguro complementario de trabajo de riesgo y el acoso sexual son campos en los que se extiende la institución de la solidaridad laboral pero consagrada legislativamente.

La solidaridad laboral es una excelente mecanismo de tutela del crédito laboral en el ámbito de empresa vinculadas o controladas, que se activa clásicamente cuando la relación laboral se desarrolla dentro de personas jurídicas pertenecientes a un mismo grupo económico, en donde los empleados de alguno(s) de los miembros son utilizados no solo en beneficio de este, sino del

³¹² Es importante enfatizar que este es un principio general, aplicable a todos los ámbitos del Derecho, y no exclusivamente al derecho del trabajo, como erradamente sostiene ESPINOZA ESPINOZA. Y es que es evidente que siempre la realidad tiene que prevalecer sobre la apariencia.

³¹³ “No es posible acoger las argumentaciones formalistas de los recurrentes, pues han quedado desvirtuadas por la realidad subyacente”. Cfr. Sentencia del 18.12.92 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Citada por DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 488-489.

grupo, quien en la realidad es su verdadero empleador. En estos supuestos “ese complejo ente, formalmente constituido por varias individualidades, se presenta y actúa en el interior y en el exterior como uno solo, esto es como único patrono”³¹⁴ frente al cual no debemos quedarnos “en la simple superficie formal (...) desconociendo la realidad a que ha dado lugar el propio querer de los componentes del grupo a través de su actuación” (...) por lo que la unidad que ha supuesto la actuación conjunta se hará cargo de las incidencias del contrato de trabajo³¹⁵. Y es que de hecho estamos ante la presencia de una de las consecuencias del control corporativo y organización empresarial de a la postre para efectos económicos de una misma empresa, y resulta absurdo o ilógico afirmar lo contrario³¹⁶. De esta manera ninguna apariencia artificiosa puede anular la entidad subyacente de esta intangible realidad económica³¹⁷. Ello en razón de que las cosas no dejan de ser tales, por más que se empeñen en disfrazarlas con formalismos, que nunca podrán desfigurarlas o negarlas³¹⁸ o desaparecerlas. En este escenario nacen varias clases de trabajadores según como se relacionan con el grupo de personas jurídicas, así tenemos al **personal nómada**, que es desplazado por las empresas del grupo según sus necesidades, normalmente personal altamente especializado. También tenemos al **personal destacado a una sola empresa**, el cual tiene por funciones específicas a esas empresa empero coordina con el resto acciones comunes. Finalmente, tenemos al **personal de la sede corporativa**, formalmente contratado por una de las empresas del grupo, pero cuya función exclusiva es velar por el funcionamiento coordinado y unificado de todas, haciendo labores básicamente en beneficio efectivo de todas. Los beneficios para estas tres clases de trabajador al interior de un grupo serían disímiles por ejemplo para el caso de utilidades, aplicando el principio de primacía de la realidad, los trabajadores de la sede corporativa, deberían recibir utilidades de todas las empresas del grupo, y no solamente de la empresa que los contrato formalmente. Por otra parte, los empleados nómades

³¹⁴ Sentencia de 04.07.84 del Tribunal Central de Trabajo (*ibidem*, pp. 461-463).

³¹⁵ Sentencia de 04.07.84 del Tribunal Central de Trabajo (*ibidem*, pp. 461-463).

³¹⁶ Cfr. Sentencias de Sexta Sala del 01.06.1978 y 06.05.1981 (*ibidem*, pp. 470-473).

³¹⁷ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 19.04.1989 (*ibidem*, p. 477).

³¹⁸ Principio de Primacía de la Realidad.

recibirían utilidades de las empresas a las que sirvieron, teniendo en cuenta el tiempo efectivo en cada una de ellas, y finalmente el personal que labora en una sola empresa solamente recibiría utilidades de la empresa a la que presta en exclusiva sus labores. Empero, lo interesante, de la realidad laboral de grupos es que un trabajador de sede corporativa en determinado momento puede ser destacado a una empresa del grupo para que preste servicios efectivos en la misma, apoyando a la consolidación de un área, y el personal normalmente destacado a una sola empresa puede ser llamado para integrar el equipo de la sede corporativa, ahora bien ocurre lamentablemente que un número significativo del personal esta bajo un régimen de locación de servicios o aparentemente tercerizado, y ello a la postre genera los conflictos laborales. La utilización fraudulenta de la persona jurídica se evidencia con mayor claridad cuando se despide arbitrariamente al personal a través de la empresa del grupo que cuenta con menos patrimonio, con la finalidad que evadir el pago de la acreencia laboral. En este caso y todos aquellos en que se evidencia la presencia de un grupo de personas jurídicas con un control unificado o dirección común, se establecerá solidaridad laboral incluso para el personal que solamente trabaja en una de las empresas pues sus labores a la postre benefician al grupo y en potencia la unidad empresarial tienen potestad para trasladarlo a otra empresa vinculada, no solo fácticamente sino por que en ocasiones ello es una facultad consagrada en el propio contrato del trabajador.

La imputación de la solidaridad laboral nace de la naturaleza misma del grupo de personas jurídicas que funcionan como una unidad económica (empresa) y solidariamente sacrifican intereses empresariales individuales por la obtención de una meta como una unidad empresarial aún en perjuicio de uno de sus miembros. Esta solidaridad empresarial da lugar inevitablemente a la cooperación entre personal de las empresas del grupo, que se transfunden y trabajan más allá de la cooperación inter-empresarial con una idea clara laboran para un grupo o corporación compuesta por varias empresas. No se puede desconocer la realidad social infestada de complejas estructuras corporativas con vínculos visibles y

ocultos, constituidas por varias sociedades, que actúan como un supra-empleador de los trabajadores, superior la voluntad de la empresa con la cual formalmente suscribió el contrato, siendo por ello el grupo quien debe responder por las obligaciones laborales, en razón a que efectivamente se beneficio del trabajo de los mismos.³¹⁹ El principio de solidaridad funciona como factor de preservación de la ejecutoriedad de los derechos del trabajador, asegurándole el cobro en caso de que no pudiera ser soportado (por insolvencia, iliquidez, etc.) por la empresa vinculada a la cual fueron prestados los servicios.³²⁰ En Brasil por ello se le imputa la responsabilidad patrimonial a todos los miembros del grupo³²¹. En España el problema del empresario aparente y oculto, figuras utilizadas para cometer actos antijurídicos, ha permitido que la magistratura laboral desarrolle la doctrina del abuso de derecho y de los grupos económicos, condenando solidariamente a las empresas dominadas y a la dominante (que puede ser una persona física o jurídica) al pago solidario de la acreencia laboral. Así, se considera empresario, al conjunto integrado por el grupo económico –donde se incluye al controlante–, el cual se caracteriza por presentar una serie de notas unitarias y además de una identidad de intereses, donde incluso puede existir un órgano de representación común o un administrador de hecho, que es quien toma en las decisiones y se hace responsable de la actuación económica del grupo. La jurisprudencia española ha dado luces al respecto y ha determinado responsabilidad solidaria bajo los siguientes argumentos.³²²

³¹⁹ Así lo entiende también la doctrina jurisprudencial española cuando señala “existe fraude en el hecho mismo de mantener la apariencia de dos empresas cuando realmente existe una sola entidad económica bajo la ficción de dos entidades jurídicas separadas (...) frente a lo cual la jurisprudencia permite entrar a averiguar la realidad empresarial subyacente bajo la apariencia formal (...) con la consecuencia obligada de hacer responsables solidarios a las dos entidades aparentes (...)”. Sentencia del 25.01.92 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia citada por DE YÁGUEZ, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, cit., pp. 478-480.

³²⁰ Cfr, MARTORELL, Ernesto E., *Los contratos de dominación empresarial y solidaridad laboral*, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 124-126.

³²¹ Artículo 33° de la Ley N° 20.744 que señala que cuando “un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones laborales (...), solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria”.

³²² Cfr, BOLDO RODA, Carmen, “La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español”, cit., pp. 35-37.

- El agente económico que formalmente está constituido por varias personas jurídicas, en su interior y exterior actúa como un único empleador, debido a lo ha lo cual sea producido una comunicación de la responsabilidad con carácter solidario de la acreencia laboral.
- Las empresas aparecen actuando como un grupo al responder a una misma dirección organizativa común basada en la propiedad total o mayoritaria de las acciones, comunicación de créditos, bienes y de personal, lo que debe acarrear responsabilidad por las obligaciones laborales y previsionales.
- Existe una relación vertical de dominación y un sistema de gobierno unitario, que permita establecer un patronato único o copatronato.
- Las sociedades constituyen una unidad patrimonial, con comunicación de sus activos y pasivos, así como del resultado de sus cuentas de explotación, como pone de manifiesto el balance consolidado, común a todas ellas.³²³
- Los integrantes del grupo eran realmente receptoras del trabajo y, por ello, solidariamente responsables³²⁴.
- Existen prestaciones laborales que se realizan de modo simultáneo o indistinto en varias sociedades del grupo.
- Existe una dirección unitaria, un órgano rector, que se constituye en patrono para efectos laborales.
- En el derecho de trabajo, la noción de empresario es independiente del régimen mercantil o civil pues se privilegia la búsqueda del empresario real frente al formal, penetrando en la realidad de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, en aras de evitar el mal uso de su personalidad, es decir, el ejercicio antisocial de un derecho.³²⁵
- La responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de formalismos y formalidades jurídicas,

³²³ Citada por DE ÁNGEL YÁGUEZ, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, cit., pp. 500-501.

³²⁴ El símil en el Perú sería el Caso de Augusto Li-Grupo Económico Cesca.

³²⁵ Ibidem, p. 507

evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad a los trabajadores.³²⁶

- Los perjuicios para los trabajadores surgen de una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de las distintas empresas, sucesiva o simultáneamente destinatarias de la prestación de los servicios, entre las que existan conexiones financieras o económicas y laborales, y sobre todo, un sistema de funcionamiento integrado o de gobierno unitario en un conjunto formado por una evidente vinculación.³²⁷
- Siempre que uno o más empresas, estuvieran bajo la dirección, control, o administración de otra, constituyendo un grupo industrial, comercial o de cualquier actividad económica, serán, para efectos de las relaciones y obligaciones con sus servidores, solidariamente responsables, tanto la empresa principal como cada una de sus subordinadas³²⁸.

Gómez Valdez bien manifiesta que “no habría nada de aventurero que un juez verificando la subordinación de dos empresas, que emplean una misma mano de obra, resuelva que entre ellas ha existido una objetiva solidaridad en los frutos empresariales que bien podrán traducirse en solidaridad de las acreencias sociales impagas³²⁹”. A nivel de la jurisprudencia nacional hemos podido encontrar supuestos de solidaridad laboral:

- **Caso Cerro de Pasco Corporation y otros versus Orihuela Meza (1944).**- se falla a favor de la acumulación de los periodos de servicio prestados a la principal y su subsidiaria, los que deben reputarse prestados a una sola entidad por existir vinculación económica entre ellas, ordenando a la Cerro de Pasco Corporation y

³²⁶ Loc. cit.

³²⁷ Ibidem, p. 526.

³²⁸ Citada por DE ÁNGEL YÁGUEZ, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, cit., p. 526.

³²⁹ GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *El contrato de trabajo*, Editorial San Marcos, Lima, 2000, pp. 345-346.

la Sociedad Minera Backus y Johnston del Perú pague solidariamente los beneficios sociales del Sr. Alejandro Orihuela Meza³³⁰.

- **Caso Zapata Toledo versus las empresas Viuda de Piedra e Hijos.-** En el litigio seguido contra las empresas Viuda de Piedra e Hijos y Agencias Lambayeque, en la cual se determina que la escisión producida tenía carácter *sui generis*, de modo que no podía considerarse un cambio de empresario, obligándose ambas empresas (escindida y beneficiaria) al pago solidario de los beneficios sociales del recurrente³³¹.
- **Caso Sheniel Alva versus Distribuidora Sánchez, Acuario y Tauro (1982).-** en el litigio seguido por Jacqueline Sheniel Alva contra las empresas Distribuidora Sánchez, Acuario y Tauro, se estableció que habiendo prestado el trabajador servicios a empresas o negocios conexos y bajo la gerencia de una misma persona, existe responsabilidad solidaria de las mencionadas empresas³³².
- **Caso Rufino Dávila versus A y F Wiese y Wiese Representaciones (1985).-** en el litigio seguido por Rufino Dávila contra A y F Wiese y Wiese Representaciones, donde se establece que para determinar si existe nexo entre las empresas a las que prestó servicio un trabajador, el cual reclama se sumen los tiempos de servicios prestados a una y otra, si una es subsidiaria o filial de la primera o si forman parte de un grupo de empresas que se encuentran bajo control común directo o indirecto de la empresa que posee la propiedad del mayor número de acciones, sea a través del capital pagado u otro medio cualquiera³³³.

³³⁰ MORALES CORRALES, Pedro y DE LOS HEROS, Alfonso, *Manual de jurisprudencia laboral*, Gráfico Nuevo Mundo. Lima, 1998, T. I, p. 1.

³³¹ *Ibidem*, pp. 31-33; Cfr. ECHAÍZ MORENO, Daniel, *Los grupos de empresas*, Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2002, p. 112.

³³² MORALES CORRALES, "Sucesión empresarial", cit., p. 278.

³³³ *Ibidem*, pp. 339-340; Cfr. ECHAÍZ MORENO, Los grupos de empresas, cit., p. 113.

- **Caso Arturo Carhuayo Suárez versus el Grupo Cesca (1993).**- en el litigio seguido por Arturo Carhuayo Suárez contra el Grupo Cesca, se observa en todo su esplendor este principio, pues este dispone que cuando “se demande el pago solidario de beneficios sociales, es necesario acreditar la vinculación existente entre las empresas emplazadas, ya que si bien estas constituyen un conjunto de sociedades independientes y autónomas, en los hechos no lo son si se encuentran sometidas a una dirección y a un control económico financiero únicos, por lo que deberán responder solidaria y apropiadamente por los derechos sociales emergentes”.
- **Caso Augusto Li Chan versus el Grupo Cesca (2001).**- la Sentencia N° 335-2001 del Sexto Juzgado Laboral de Lima, de fecha 28 de diciembre de 2001 donde el demandante Augusto Li Chan demuestra la existencia de traspasos irregulares de personal en el grupo económico Cesca, y en estricta aplicación del principio de primacía de la realidad se devela la existencia de un copatronato, razón por la cual el juzgado determina la responsabilidad solidaria entre el controlante –Corretajes Inmobiliarios Profesionales S.A.– y las sociedades dominadas –Ceogne Cesca y el Instituto de Educación Superior Cesca– ello a pesar que formalmente había prestado sus servicios profesionales para la última, se resolvió admitir la solidaridad laboral.
- **Caso Aero Continente (2002).**- la solidaridad laboral también se puede apreciar en el Exp. N° 2424-2002-BE(S) cuando señala que “con el testimonio de constitución de la sociedad anónima cerrada, se establece la conexión vertical entre Aero Continente S.A.C., por ser la propietaria mayoritaria del capital de la empresa Sistema de Distribución Mundial S.A.C; hecho reconocido en sus respectivos escritos. Por ello, el trabajador puede demandar a su empleadora y a la empresa conexas, de la misma titular del capital, para que en forma solidaria respondan por los créditos laborales que pudieran corresponderle”.

- **Caso Carhuanina Zegarra versus la Asociación Real Club de Lima, al Hotel Country Club y Choy Ko Oro (2005).**- La Casación N° 932-2002-Lima de fecha 6 de mayo de 2005 que confirma la Sentencia expedida por la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 10.06.2002, que confirmando la apelada; y que ordena a la Asociación Real Club de Lima, al Hotel Country Club y Choy Ko Oro S.A paguen solidariamente a Benigno Sotero Carhuanina Zegarra la suma de S/. 47 313 00 nuevos soles y 0.99 céntimos por concepto de beneficios sociales. En este caso la mencionada asociación transfirió las acciones del Hotel Country Club S.A. a Choi Ko Oro S.A. sin cancelar previamente los beneficios sociales de los trabajadores del hotel quienes entendieron que con la cesión de las acciones su garantía respecto a la asociación disminuía, pues expresamente había pactado con Choi Ko Oro que esta se haría cargo de estas deudas con sus ex trabajadores.

La solidaridad en este caso se fundó en la acción de persecutoriedad de los beneficios sociales que tiene la finalidad de apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues esto constituye la garantía para el pago de las acreencias laborales. El carácter persecutorio del crédito laboral se extiende sobre activos fijos del ex empleador no sobre este a nivel personal. En ambas casaciones el meollo del asunto no era en realidad el carácter persecutorio sino la solidaridad laboral. La Casación N° 932-2002-LIMA es un supuesto puro de solidaridad laboral devenida de la no cancelación de los beneficios sociales por el ex empleador antes de la transmisión de las acciones del Hotel Country Club S.A.

Esta casación reforma lo dispuesto por la Corte Suprema en un caso similar, la Casación N° 982-2001-LIMA del 9 de noviembre de 2002 en donde la parte demandante estaba compuesta por el Señor Máximo Solazar Bellido con el Hotel Country Club y otros. En esa ocasión la Asociación Real Club de Lima interpone recurso extraordinario contra la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha

17.01.2001 declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado; ordena que la Asociación Real Club de Lima, Hotel Country Club S.A. y Choy Ko Oro S.A. pague solidariamente al actor la suma de S/. 46 384 00 por concepto de Beneficios Sociales. Este recurso de casación es declarado fundado basándose en que la sentencia impugnada no había señalado que norma permitía que la obligación demandada deba ser asumida solidariamente por la recurrente ni tampoco cuales le título en que sea pactado expresamente la solidaridad requisitos indispensable para el caso.

La solidaridad en las obligaciones laborales históricamente es una derivación del principio de primacía de la realidad aplicado al campo de los grupos de sociedades, personas jurídicas vinculadas o interpuestas. Este instituto permite extender la responsabilidad laboral a todos aquellos sujetos que se benefician de la mano de obra o trabajo, aún cuando formalmente no asuman la condición de empleador. No solamente puede ser aplicada en los supuestos de fraude a la ley laboral entre sociedades vinculadas o controladas sino también en el caso de los grupos empresariales donde el trabajador tiene como empleador real al grupo y no al miembro del mismo. La solidaridad laboral responsabiliza al empleador mediato e inmediato por el pago de los beneficios sociales del trabajador, y en general responsabiliza por ello a todas aquellas personas físicas y jurídicas que detenten facultades de empleador o dirección de la empresa en que laboró el trabajador. El personal de las empresas del grupo pueden respecto a la sociedad matriz o controlante exigirle: responder por sus beneficios sociales, incorporarse a planillas de la misma, gozar de sus utilidades, afiliarse al sindicato de la matriz, solicitar igual tratamiento al personal y perseguir bienes cedidos a terceros

4.4. LA SOLIDARIDAD LABORAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El abuso de la persona jurídica se entiende como aquella situación en la cual los miembros del ente colectivo se aprovechan de los privilegios de esta institución para cometer actos fraudulentos contrarios al orden público y las buenas costumbres. La utilización de la persona jurídica para defraudar derechos laborales no es una situación ajena al quehacer de la jurisprudencia laboral

nacional, empero la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) recaída en el expediente 6322-2007 constituye el primer pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución sobre esta materia, y en la consagración de una de sus principales consecuencias: la solidaridad laboral. En el mismo el señor Crithian Franklin Gonzales Corrales demanda al Grupo de Empresa Energy Service para que le pague sus beneficios sociales compuesto por las empresas Energy Service del Perú S.A.C., Energy Services S.A. y Energy Service del Oriente S.A. quien como unidad empresarial había sido su empleador. El Vigésimo Sexto Juzgado Laboral de Lima declara fundada la demanda (Exp. 358-2004) al considerar que se encontraba acreditado que en la práctica para efectos laborales el grupo de empresas había actuado como “un solo empleador”, esta sentencia no fue impugnada aparentemente por negligencia de la defensa legal del grupo empresarial. En dichas circunstancias Energy Services interpone una acción de amparo contra esta resolución judicial alegando que se ha vulnerado su derecho al debido proceso y a la defensa, que tanto la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima así como en segunda instancia siguiente se declaró improcedente la demanda toda vez que ésta no impugno en el proceso ordinario la resolución que dice le agravia.

El TC manifiesta de manera categórica que “la demanda de amparo contra resolución judicial resulta improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que, alega, le afecta” (f.4). Y dice más: “la recurrente no interpuso ningún medio impugnatorio contra la sentencia que ahora pretende dejar sin efecto a través del presente proceso de amparo, pretendiendo justificar dicha omisión, (...), alegando que no se apersonó al cuestionado proceso laboral ni formuló recurso alguno contra la sentencia en razón a que no era parte del proceso” (f.5). Y remata manifestando: “la instancia judicial determinó con toda claridad que la empresa demandada y la recurrente forman parte del mismo grupo empresarial en el que concurren, no solo los mismos accionistas y directivos, sino que también comparten el mismo domicilio en el que se ha venido notificando las resoluciones del proceso laboral en cuestión, por lo que tampoco puede alegar

desconocimiento de la referida sentencia que no impugnó oportunamente.” Nótese que el TC está aplicando el principio de primacía de la realidad para dejar claro que más allá de la formalidad, lo que debe prevalecer es lo que acontece en el mundo real, las instituciones jurídicas no pueden ser llevadas al límite de lo absurdo para consumir un acto fraudulento. Evidentemente que si las personas naturales que conformaban la persona jurídica estaban bien enterados del proceso judicial entablado contra el grupo empresarial era absurdo alegar que “formalmente uno de sus miembros no era parte de la relación procesal”. Las consecuencias de admitir tal argumento implicaría que las personas jurídicas vinculadas ser convenientemente utilizadas por el propio grupo empresarial, según sea adverso o no el proceso, para efectos de enervar los efectos de una sentencia, alegando que se ha vulnerado el derecho al debido proceso de este ente colectivo, y mediante una acción de amparo o una tercería de propiedad, impedir la ejecución de la sentencia en perjuicio del acreedor laboral.

Este es un típico caso de utilización fraudulenta de la persona jurídica cuya consecuencia es que el grupo de personas jurídicas que fungió de empleador asuma solidariamente el pago de las obligaciones laborales pendientes con el trabajador que calza incluso en el supuesto estudiado en el Pleno Jurisdiccional Laboral del 2008, en el cual los magistrados de 29 Cortes Superiores del país establecieron que los grupos de empresas pueden asumir responsabilidad solidaria por el pago de beneficios laborales cuando se haya actuado con el objeto de burlar derechos laborales. En buena cuenta cuando se evidencia que se intenta usar la subjetividad de empresas vinculadas económicamente para eludir obligaciones laborales cabe aplicar la solidaridad laboral como remedio para evitar un fraude a normas imperativas y de orden público.

El principio de primacía de la realidad aplicado al ámbito de las sociedades interpuestas tiene por finalidad resolver con propiedad las transferencias irregulares de personal y la lesión a los derechos de los trabajadores mediante la utilización fraudulenta de una persona jurídica. En otras

palabras, mediante el principio de primacía de la realidad se pueda lograr sancionar la utilización fraudulenta de la persona jurídica, vale decir, se puede obviar la estructura formal del ente colectivo en caso de fraude y responsabilizar al grupo empresarial como tal por las obligaciones laborales. Ya hemos visto que en el TC en el fondo ha revisado el sustrato ontológico que subyace debajo de la estructura formal de la persona jurídica (Energy Services S.A.) a efectos de evitar que se consuma un fraude laboral y a resuelto conforme la naturaleza de las cosas. Aquí al TC no le interesa la formalidad jurídica que asume el grupo Energy Service, sino su comportamiento como empleador frente al trabajador reclamante.

El trabajador Gonzales Corrales acredita que laboró en dos empresas del grupo Energy Service, por indicación de la administración común del grupo corporativo, en consecuencia sus beneficios sociales corresponden ser pagados solidariamente por las empresas del grupo pues si bien formalmente existen varias personas jurídicas para efectos laborales, existió solo un empleador: el grupo empresarial. No olvidemos que cada traslado del señor Gonzales Corrales no implicó un cese laboral sino la continuación de la relación de trabajo en esta unidad económica (grupo empresarial).

El tratamiento de este problema en otros países como Argentina se hace de manera expresa se establece en el artículo 31º de la Ley de Contrato de Trabajo que *“Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.”*

En el Perú, el proyecto de la Ley General del Trabajo en su artículo 6º, consciente de la situación antes expuesta, establece que “hay un grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general. Cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman un grupo, estas son solidariamente responsables por sus derechos”. Los criterios que emplea el citado proyecto de ley para determinar la existencia de un grupo los encontramos en su artículo 7º:

- **Desarrollen en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva.** Vemos en el presente caso el propio Grupo Energy se autocalifica en su publicidad de internet como: “*Energy Services es un Grupo Empresarial Peruano conformado por las empresas Energy Services del Perú SAC y Energy Services del Oriente SAC que desarrollan sus actividades en los campos de Energía, Construcción e Industria.*”³³⁴

Exista relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueran comunes. El TC y los órganos judiciales determinaron que la demandante Energy Service S.A. y Energy Service del Oriente S.A. tenían los mismos accionistas y en consecuencia un poder decisorio unificado.

- **Los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas.** El TC en el presente caso estableció que existe coincidencia de accionistas y directivos, en consecuencia unidad de control o mando. Así se observa que Ines Amelia el Rivera Reusche es Gerente General de Energy Service y a la vez apoderada de Energy Service, y su hermano, Jorge Fernando Rivera Reusche es Gerente General de esta última empresa. ¿Puede la primera empresa alegar que desconocía la existencia del proceso judicial que comprometía el patrimonio del grupo empresarial a pesar de los evidentes vínculos laborales, económicos e

³³⁴Ver página web: www.computrabajo.com.pe/bt-empdp-energy.htm, y www.energyperu.com/index_es_historia.html

incluso familiares que existían entre los directivos de ambas empresas? coloquialmente podemos responder que no basados en el sentido común y en el ámbito jurídico por aplicación del principio de primacía de la realidad.

- **Utilicen una idéntica denominación, marca o emblema.** En el presente caso se observa por la publicidad en internet que se identifican estas empresas bajo el nombre de **“Grupo Energy Services”** bajo el lema: *“Su mejor aliado en la industria”*.³³⁵

Se ha comprobado de la sentencia del TC así como hechos notorios de la realidad (publicidad) que existe un grupo de personas jurídicas bajo unidad de administración o mando que permite a todas conformar una unidad económica con capacidad patronal sobre “los trabajadores del grupo.” Nos queda claro que el manejo que realiza un grupo de personas (empresarios) sobre sociedades bajo su control no puede afectar los beneficios sociales y previsionales de los trabajadores.

Este también es el caso del Grupo Distriluz que se autoidentifica como “un grupo de empresas que genera y distribuye energía eléctrica con presencia en 12 de 24 departamentos del Perú, estamos ubicados geográficamente en: Piura (Electronoroeste S.A.), Chiclayo (Electronorte S.A), Trujillo (Hidrandina S.A.) y Huancayo (Electrocentro S.A.)”³³⁶ y cuyas empresas cuenta con una administración común esto es: los mismos directores, gerentes y accionistas mayoritarios así como la misma sede corporativa y una única Gerencia de Administración y Finanzas, dando lugar en la practica a la existencia de personal de la sede corporativa a cargo de labores de la administración común y personal que labora en cada empresa pero que puede ser trasladado a otra según las necesidades del grupo empresarial, en este caso también resulta evidente que al beneficiarse de las labores de estos trabajadores y funcionar el Grupo Distriluz

³³⁵ www.computrabajo.com.pe/bt-empdp-energy.htm, y www.energyperu.com/index_es_historia.html

³³⁶ Ver página web: www.distriluz.com.pe/

como empleador de los mismos, deben responder solidariamente por las obligaciones laborales los miembros de este grupo.

Una característica innata a los Grupos es que hacen pública su tipo de organización corporativa, veamos algunos ejemplos: el Grupo IDAT integrado por el Instituto IDAT y la Universidad Tecnológica del Perú (UTP) se definen como *“una organización educativa integrada bajo el nombre del Grupo IDAT, la primera organización tecnológica de educación superior, que tienen el mismo origen y están comprometidas en una misión y destino común: formar profesionales emprendedores y competitivos que asuman el compromiso de aportar al desarrollo del Perú (...).”*³³⁷ Por otra parte, el Grupo El Comercio se define como un “grupo de empresas que toma su nombre del producto de bandera, el diario El Comercio, es en realidad un conjunto de unidades de negocio que operan con mucha sinergia, aprovechando sus escalas de operación y generando eficiencia,” y tiene entre sus marcas cuenta con los diarios *“El Comercio, Trome, Perú.21 y Gestión, así como las revistas Somos, Ruedas y Tuercas y PC World, sin embargo en adición a estas actividades, existen operaciones conexas que se suman a nuestra oferta de productos y servicios, como Optativos, la unidad de negocio encargada poner a disposición de los lectores los mejores productos editoriales y educativos del mercado, y Amauta, nuestra unidad de servicios de impresión comercial.”*³³⁸

Otros ejemplos notorios y cuya publicidad los identifica como Grupo son: El Grupo Backus & Johnston, Grupo Telefónica, Grupo Aje, Grupo Romero, Grupo CESCA, Grupo BBVA que cuenta entre sus subsidiarias al Holding Continental S.A. es una empresa que se constituye en abril de 1995. Tiene como subsidiarias al Grupo Continental y AFP Horizonte, Grupo Interbank y la lista de Grupos empresariales en todos los sectores económicos en el Perú, es basta. Pero no se crea que los grupos de empresas solo se dan entre empresas de gran envergadura también se

³³⁷ Ver página web: www.grupoelcomercio.com.pe

³³⁸ Ver página web: www.idat.com.pe/ - 31k

constatan entre empresas medianas y pequeñas como es el caso del Grupo Topy Top cuyos problemas laborales han sido noticia los últimos años.

No debemos perder de vista la importancia histórica de la sentencia del Tribunal Constitucional que no solo respalda a la abundante jurisprudencia sobre solidaridad laboral sino que va más allá y analiza la institución génesis de esta institución laboral: el abuso de la persona jurídica. En el fondo a muchos deslumbran los efectos de la solidaridad laboral y el principio primacía de la realidad en los grupos de sociedades, sin embargo es bueno detenerse en el presupuesto fundamental para su aplicación esto es la utilización fraudulenta de la subjetividad jurídica de la persona jurídica.

El TC con esta sentencia ha consagrado de manera expresa a la solidaridad laboral como un mecanismo de garantía del crédito laboral que permite extender la responsabilidad laboral a todos aquellos sujetos que se benefician de la mano de obra o trabajo, aún cuando formalmente no asuman la condición de empleador. La solidaridad laboral responsabiliza al empleador mediato e inmediato por el pago de los beneficios sociales del trabajador, y en general responsabiliza por ello a todas aquellas personas físicas y jurídicas que detentan facultades de empleador o dirección de la empresa en que laboró el trabajador. En ese sentido, el personal de las empresas del grupo pueden respecto a la sociedad matriz o controlante exigirle: responder por sus beneficios sociales, incorporarse a planillas de la misma, gozar de sus utilidades, afiliarse al sindicato de la matriz, solicitar igual tratamiento al personal y perseguir bienes cedidos a terceros.

Nótese que el TC al admitir la solidaridad laboral como una institución con amparo legal no la restringe a supuestos de fraude a la ley laboral entre sociedades vinculadas o contraladas (transmisiones de fondos empresariales) como lo hace el Pleno Laboral del 2008 sino que se desprende nítidamente de los fundamentos de la sentencia que es la calidad de empleador del Grupo lo que lo hace responder solidariamente a sus miembros, y esa es la razón por la cual la palabra “fraude” no

aparece en la sentencia del TC. En consecuencia, el TC da paso adelante en la constitución de la solidaridad laboral como garantía de los créditos laborales y supera los criterios subjetivos para adentrarse en un criterio eminentemente objetivo: la calidad de empleador del Grupo. Nosotros sostenemos que el último estadio de la solidaridad laboral es que el criterio de que el grupo se beneficie de la labor del trabajador y que por esta razón también responda de manera solidaria sus miembros, que no deben solamente recoger alegremente los frutos de este tipo de organización corporativa sino asumir también las obligaciones y responsabilidades que la misma entraña.

Celebramos que un asunto tan complejo como la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito laboral ya haya sido analizado por el TC, pensamos que ha iniciado su labor en impedir que el Perú sea un campo en el que se pueda replicar casos tristemente celebres como el de Enron Corporation, Lehman Brothers o Bernard Madoff Investment Securities donde el control estatal brillo por su ausencia. Sin ir demasiado lejos ya es objeto de preocupación social, la libertad que tienen algunas empresas trasnacionales tipo *“Travel One”* para ofrecer sus servicios a comunidades indígenas aprovechándose del desconocimiento de estas poblaciones, y utilizando un perfeccionado sistema de recaudación piramidal, aquí me queda claro en el Ministerio Público debe poner coto a este tipo de situaciones.

Otro tema de interés público que implica los privilegios de una persona jurídica es el caso de la empresa Petro-Tech titular de 11 lotes de hidrocarburos que en pleno escándalo por la interceptación telefónica y la falta de transparencia de algunas licitaciones ha sido transferida a terceros que en su momento podría alegar buena fe para evitar que les anulen las adjudicaciones. Estos casos evidencian la importancia de la problemática de los abusos de la persona jurídica en tanto que la sentencia objeto de análisis ha probado que el TC es capaz de resolver ponderadamente este tipo de situaciones.

En buena cuenta esta sentencia es un tributo al principio de primacía de la realidad según el cual cuando se constate la existencia de un grupo de empresas que funcionan como una unidad empresarial y que subordina en dicha calidad a sus trabajadores se debe aplicar la solidaridad laboral entre sus miembros, no siendo una condición para ello que se evidencie un fraude a la ley sino únicamente demostrar la calidad de empleador del Grupo Empresarial.

CAPITULO V

LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE LA PERSONA JURÍDICA EN SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE FRAUDES A LOS DERECHOS LABORALES

La utilización fraudulenta de la persona jurídica ha sido sancionado en algunos supuestos específicos por el ordenamiento jurídico nacional sobre todo cuando se pretende eludir el cumplimiento de una norma de orden público laboral, este es el caso del régimen laboral especial para pequeña y medianas empresas (PYMES), y la aplicación del carácter persecutorio del crédito laboral. Recordemos que según el Ministerio de Trabajo, las Direcciones Regionales de Trabajo, excluyendo Lima, entre el 2007-2008 aplicaron 2889 veces el principio de primacía de la realidad para casos de fraude a derechos laborales y contratos desnaturalizados, en tanto que en el mismo periodo detectaron 5699 infracciones por vulneración de derechos fundamentales especialmente referidos a la libertad sindical, eliminación de trabajo forzoso, abolición de trabajo infantil y eliminación de la discriminación en el empleo.³³⁹ Asimismo, en el año 2006, se registraron 4 102 despidos arbitrarios sólo en Lima. En ese sentido, sostenemos que la autoridad del trabajo se constituye en un instrumento importantísimo para combatir los fraudes a la ley laboral mediante una persona jurídica.

5.1. EL REGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS PYMES Y LA UTILIZACION FRAUDULENTO DE LA PERSONA JURÍDICA

Una de las principales consecuencias de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con EE.UU. ha sido la búsqueda de regulación que promueva la formalización de sectores informales vinculados a las actividades productivas cuya actual situación al margen de la ley las convierten una abierta competencia desleal con respecto a sus pares en el país del norte. La reforma del régimen laboral de la PYME fue una cuestión así inevitable, sobre todo teniendo en cuenta que el 80%

³³⁹Fuente: Dirección de Estadística, y Oficina de Administración del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Carta N° 889-2009-MTPE/4/10.1

de la PEA a nivel nacional esta es este rubro así como el mayor índice de informalidad laboral. El régimen laboral especial de PYME se aplicara aproximadamente a más de 3 millones 300 mil personas e implica en términos reales que cuatro de cada cinco trabajadores peruanos serán alcanzados por esta norma, quedando la futura Ley General del Trabajo, concebida para regir a la mayoría, como una norma de excepción que se aplicaría en la práctica solamente a 900 mil trabajadores. Este régimen especial a diferencia de los anteriores no tiene la naturaleza de transitoria o temporal como el anterior³⁴⁰ sino tiene una vocación de permanencia. El Decreto Legislativo N° 1086, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso del Empleo Decente, y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 008-2008-TR, busca incentivar la formalización de 300 mil empresas y 2 millones trabajadores que se espera progresivamente tengan acceso a beneficios laborales. La intención: obtener un mayor número de los trabajadores de estos sectores tengan beneficios laborales, aunque sea parciales, tales como seguro social, pensión de jubilación, jornada laboral de ocho horas, quince días de vacaciones, dos gratificaciones por año (de medio sueldo cada una) e indemnización por despido arbitrario, ciertamente inequitativo frente al régimen común, pero mejor a la situación de desamparo anterior. El gobierno se comprometió a destinar 500 millones de nuevos soles al año para subsidiar el 50% de los aportes de jubilación de los trabajadores al fondo de jubilación y el 50% de la contribución que deben hacer los empleadores al seguro social. Esta norma tiene por meta dar un paso fundamental para reducir la informalidad en la economía peruana que bordea el 60%.

³⁴⁰ Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa publicada el 03.07.03.

Régimen Laboral de PYMES

Régimen Laboral Microempresa	Régimen Laboral Pequeña Empresa
Microempresa: de uno (1) hasta diez (10) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Remuneración Mínima Vital-RMV Jornada de 8 horas diarias Descanso vacacional de 15 días al año Por despido injustificado: 10 remuneraciones diarias por año No tienen CTS No tienen derecho a gratificaciones No tienen asignación familiar No tienen sobretasa del 35% de la RMV por jornada nocturna No tienen utilidades No tienen seguro de vida Es Salud obligatorio con subsidio del Estado hasta el 50% Pensiones facultativo con subsidio del Estado hasta el 50%	Pequeña Empresa: de uno (1) hasta cien (100) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). El incremento en el monto máximo de ventas anuales será determinado por el Ministro de Economía y Finanzas cada dos (2) años y no será menor a la variación porcentual acumulada del PBI nominal durante el referido período. Remuneración Mínima Vital Jornada de 8 horas diarias Descanso vacacional de 15 días al año Por despido injustificado: 20 remuneraciones diarias por año (66% del sueldo por año) Tienen CTS (15 remuneraciones ó ½ sueldo por año, hasta 3 sueldos) Gratificaciones: ½ sueldo en julio y ½ sueldo en diciembre Tienen derecho a utilidades Póliza de seguro de vida Seguro complementario de trabajo de riesgo Es Salud: 9% a cargo del empleador Pensiones ONP-AFP a elección del trabajador
La empresa cuyo nivel de ventas o el número de trabajadores promedio de dos (2) años consecutivos supere el nivel de ventas o el número de trabajadores límites establecidos para una empresa Micro o Pequeña Empresa, podrá conservar por un (1) año calendario el Régimen Laboral Especial correspondiente. Luego de este período, la empresa pasará definitivamente al Régimen Laboral que le corresponda.	

Fuente: Decreto Legislativo N° 1086, Decreto Supremo N° 007-2008-TR y Decreto Supremo N° 008-2008-TR. Se encuentran excluidos de este régimen laboral especial los bares, discotecas, juegos de azar y afines.

El lamentable costo de estas medidas legislativas será la no renovación o despido de trabajadores sujetos al régimen laboral anterior. La norma asume ese costo sin tapujos: *“los contratos laborales de los trabajadores celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del régimen laboral especial, continuarán rigiéndose bajo sus mismos términos y condiciones, y bajo el imperio de las leyes que rigieron su celebración”*³⁴¹. Y añade: *“el nuevo régimen laboral no es aplicable a los trabajadores que cesen con posterioridad a su entrada en vigencia y vuelvan a ser contratados inmediatamente por el mismo empleador, bajo cualquier modalidad, salvo que haya transcurrido un (1) año desde el cese”*³⁴². No es una protección real a estos trabajadores pues esta disposición puede ocasionar que el empleador no los tome en cuenta durante un año. Estos trabajadores ya gozaban de los derechos de un trabajador convencional pero en pos a la lucha contra la informalidad laboral se los desampara y se los conmina a recibir menos de lo

³⁴¹ Artículo 39° del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Decreto Supremo N° 007-2008-TR.

³⁴² Artículo 39° del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Decreto Supremo N° 007-2008-TR.

poseído, por ello consideramos inconstitucional el dispositivo. Un consuelo para este trabajador, dice la norma, es el pago de una indemnización especial equivalente a dos (02) remuneraciones mensuales por cada año laborado, las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos. El plazo para accionar por la causal señalada caduca a los treinta (30) días de producido el despido.³⁴³ Insuficiente a nuestro entender, y nada impide al trabajador afectado acudir al Poder Judicial en búsqueda de su reposición en iguales condiciones laborales. Las ventajas que ofrece a los empresarios este régimen laboral de PYMEs, con menos beneficios laborales que el régimen ordinario, lo hará muy atractivo, y en una de esas cosas donde acierta el legislador es poniendo algunos candados para evitar su uso fraudulento:³⁴⁴

a) En el caso de una PYME sea parte de un grupo económico o forme parte de sociedades vinculadas conformando una unidad económica cuya dimensión en conjunto supere las de una PYME, razón por la cual no podrá acogerse al régimen especial. El control sobre un grupo de empresas hace posible la formación de esta un único agente económico, su identidad y unidad proviene de las directivas que emitidas por la persona o grupo de personas naturales o jurídicas que detentan dicha facultad (de *facto* o de *jure*). Seguramente, más de un empresario, intentara aprovecharse de la subjetividad de las sociedades controladas, para acogerse al régimen de PYMEs. En estos casos deberá determinarse previamente si como grupo cumplen las características propias de una micro o pequeña empresa esto es por ejemplo no tener más de cien (100) trabajadores o ventas anuales que no superen hasta el 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Eventualmente, el acogimiento ilegal al régimen especial traerá como consecuencia la solidaridad laboral derivada de la unidad empresarial existente.

³⁴³ Artículo 55º del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Decreto Supremo Nº 007-2008-TR.

³⁴⁴ Artículo 40º del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Decreto Supremo Nº 007-2008-TR y 31º del Decreto Supremo Nº 008-2008-TR.

b) Exista vinculación económica con otras empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros cuya naturaleza no es de una PYME, caso de las sociedades subsidiarias, controladas o subordinadas a los intereses de un grupo.

- El régimen especial para PYMEs es tan atractivo, por los bajos costos laborales, que no faltaran quienes dividan sus unidades empresariales con el fin de acogerse al mismo. El fraccionamiento de las unidades empresariales con el fin de que cada una de ellas solicite de manera individual autorización para acogerse a un régimen especial es una maniobra fraudulenta ya vista en sectores como en el suministro de energía eléctrica, pago de tributos, concesiones forestales y mineras. Este es un caso proscrito por la norma pues se utiliza fraudulentamente a la persona jurídica para eludir normas laborales comunes conforme a la naturaleza de la empresa.

El empresario que haya entregado información falsa a la autoridad de trabajo está impedido de acogerse al régimen laboral de PYMEs, esta es una ejemplar sanción para empresas acostumbradas a utilizar estas maniobras con tal de conseguir beneficios económicos indebidos y defraudar a sus trabajadores. Agreguemos que esta conducta constituye también un delito, el de falsedad genérica, que el Procurador del Ministerio de Trabajo debería poner en conocimiento del Ministerio Público a fin de que determine las responsabilidades del caso.

La autoridad de trabajo deberá supervisar y sancionar a las empresas que se hayan acogido al régimen especial, estando inmersos en alguna de las causales de exclusión, aplicando las siguientes sanciones: a) exclusión del régimen laboral especial; b) reconocimiento de los beneficios sociales de los trabajadores de acuerdo al régimen laboral común y excepcionalmente cuando corresponda el de la pequeña empresa en estricta aplicación del principio de primacía de la realidad; c) solidaridad laboral entre los miembros del grupo de empresas; d) pago de los aportes al régimen pensionario y de salud que el Estado ha realizado; e)

aplicación de una multa por la infracción; f) inhabilitación de contratar con el Estado por un período no menor de un (1) año ni mayor de dos (2) años.

El principio de primacía de la realidad resulta de enorme importancia no solo en el descubrimiento de la utilización fraudulenta de persona jurídica, causal de exclusión del régimen laboral de PYMEs, sino sobre todo en el reconocimiento de los beneficios sociales de los trabajadores como podemos ejemplificarlo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la empresa inicialmente cumple con las condiciones para acogerse a dicho régimen sin embargo posteriormente es absorbida por un grupo de empresas que no cumple con los presupuestos de una PYME. En este supuesto la empresa pierde los beneficios del régimen especial y los trabajadores en estricta aplicación del principio de primacía de la realidad debe reconocérseles sus derechos laborales del régimen común desde la fecha en que la empresa ingresa al grupo de empresarial.
- b) Cuando durante la vigencia del régimen laboral de PYME el empresario a fin de no perder los beneficios del mismo, constituye empresas en paralelo, derivándoles el excedente de la producción. En estos casos los trabajadores afectados podrán exigir que se les reconozca sus derechos como trabajadores bajo el régimen laboral común pues la empresa con su conducta fraudulenta habría caído en una causal de exclusión del régimen.
- c) Cuando la empresa que ingresa al régimen laboral de PYME estando incurso en causales de exclusión deberá reconocerle a los trabajadores sus beneficios laborales conforme al régimen común y excepcionalmente cuando corresponda el de la pequeña empresa desde la fecha en que se configuro la causal.
- d) Cuando la empresa vinculada o controlada por una empresa o grupo económico extranjero que en conjunto no cumple con los presupuestos establecidos para PYMEs deberá reconocerle a los trabajadores sus beneficios sociales de acuerdo al régimen laboral común.

La solidaridad laboral es un mecanismo de tutela de los créditos del trabajador, y también sancionador de la utilización fraudulenta de la persona jurídica, siendo un buen desincentivo para la elusión de la legislación laboral, permitiendo extender la responsabilidad laboral a todas aquellas personas jurídicas que se beneficiaron del trabajo, aún cuando formalmente no asuman la condición de empleador. La solidaridad laboral permite atrapar al empleador mediato, plural y complejo, haciendo responsable a todas aquellas personas físicas y jurídicas que ejercen diversas facultades del empleador³⁴⁵.

La solidaridad laboral se aplicará no solamente a los casos en que un grupo empresarial se encuentre acogido al régimen laboral especial, pues ello reconoce la naturaleza de una unidad empresarial, sino sobre todo cuando el grupo de empresas se encuentre indebidamente cobijado en el citado régimen o haya sido sancionado con la exclusión por esa razón.

La solidaridad laboral en un grupo de sociedades no solamente se genera cuando se intentó burlar una norma laboral (fraude a la ley) o cuando lo prevé una norma expresamente sino especialmente cuando se demuestra que el grupo empresarial se beneficio de la labor del trabajador al conformar una unidad empresarial debido a la unidad de mando o dirección.

El régimen laboral de las PYMEs está concebido como un régimen especial, que incentiva la formalización y crecimiento económico de las empresas de ese sector. El mensaje es claro, los trabajadores tendrán menores derechos en las etapas incipientes de las empresas y obtendrán la totalidad de sus beneficios sociales con la madurez empresarial de la misma. Hubiera sido conveniente establecer un plazo máximo para gozar de este régimen y de manera indirecta promover mayor competitividad en las PYMEs nacionales. Los grupos empresariales y sociedades

³⁴⁵ Cfr. CASTELLO, Alejandro, "La solidaridad en las obligaciones laborales", XV Congreso Nacional de Derecho y de la Seguridad Social XIII Jornadas Ríoplatenses de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social del 26 al 28 del 2004. Panamá, Entre Ríos, en: *Materiales de Lectura del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del Perú (2008)*, p. 141.

vinculadas pueden acogerse al régimen laboral especial de las PYMEs siempre que en conjunto califiquen como una unidad empresarial en el rubro micro o pequeña empresa, en estos casos rige, a nuestro criterio, la solidaridad laboral a favor de los créditos laborales de los trabajadores. El principio de primacía de la realidad permitirá reconocer relaciones laborales propias del régimen común en los casos que la unidad empresarial se halla acogido al régimen laboral especial de manera irregular con la finalidad de evadir el cumplimiento de los beneficios sociales conforme ley.

5.2. LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS Y LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURÍDICA

En la historia del derecho laboral, la intermediación laboral fue fundamental para hacer crecer a la industria nacional en los años 90, hoy es inobjetable su retracción, y el evidente repunte de la tercerización, que supone encargar a una entidad especializada, una actividad productiva de una empresa, cuya naturaleza puede ser de carácter principal, secundaria, complementaria o accesorio. El objetivo es permitir a la empresa concentrarse en otras actividades consideradas estratégicas como la planificación de la actividad productiva. Una de las ventajas de la tercerización es que se puede aplicar a todas las actividades empresariales, sin ninguna limitación de número de trabajadores o naturaleza de la actividad³⁴⁶. La tercerización, en el fondo mella al derecho laboral en su sentido primario, debido a que “una legislación laboral que, al fin y al cabo, que debería seguir basada en una serie de principios básicos que a través de este tipo de estrategias se consigue eludir sin dificultad, como son los de mantenimiento de la relación de trabajo en tanto persista la fuente que le dio origen o de asignación de beneficios tendencialmente similares a todos los que participan en los mismos procesos de producción, los cuales no resultan de aplicación, como es evidente, a las

³⁴⁶Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “La nueva regulación sobre tercerización”, en *Soluciones Laborales*, Año 1, Nº 7, Lima, 2008, p. 6.

relaciones entre sociedades mercantiles, sino entre cada una de estas y su personal.”³⁴⁷

Recordemos que ya para el año 2004, se estimaba que nada menos el 30% de las operaciones empresariales se entraban tercerizadas en el Perú, principalmente en los sectores minero y petróleo, afectando el fenómeno a alrededor de 600 000 personas.³⁴⁸ Posteriormente, en el 2006, el nivel de tercerización de la fuerza minera se acentúa aun mas a 109 000 trabajadores del sector, son de contrata casi 72 000 (es decir el 65%), mientras que los que trabajan directamente para las empresas mineras sumarían solamente 37 000 (el 35%). De este modo, por ejemplo, en la Compañía Minera Casapalca, de los 1900 trabajadores que operan en la mina, solo 200 aparecen en la planilla de la empresa. Bien señala Sanguinetti, que “la explicación de esta elevadísima tasa de externalización no parece encontrarse en la existencia de razones técnicas productivas o de especialización, sino en motivos de índole más primaria. En especial, en la diferenciación de condiciones de trabajo que por esa vía es posible de obtener. Una diferenciación que puede llegar alcanzar en algunos casos el 100%, como ocurre por ejemplo con la Compañía Minera Shougan, donde un trabajador en planilla ganaba en el año 2006, alrededor de S/ 47, mientras que otro de contrata aspirar a un salario diario de apenas S/ 23”.³⁴⁹

La empresa tercerizadora aparece en el mercado para cubrir necesidades de carácter principal³⁵⁰, secundario o complementario de una empresa y de esta manera esta se despreocupa de la realización directa de la misma, ejemplo la realización de una obra de infraestructura, la electrificación de un pueblo, atención de llamadas, servicio de mantenimiento de equipos de computo, transporte de valores o el servicio de recojo de facturación. Evidentemente aquí no interesa

³⁴⁷ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas. Laborem N° 9/ 2009. SPDTSS. Lima- Perú. 2010. p. 153

³⁴⁸ Pueden verse en este sentido las declaraciones del director de la Sociedad Overall Bussiness, aparecidas en el diario Gestión, el viernes 18 de junio de 2004.

³⁴⁹ Todos los datos provienen del especial dedicado a la minería peruana publicado por la revista Bajo la lupa, N° 1, Lima, 2007, p. 21

³⁵⁰ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, “La nueva regulación sobre tercerización”, cit., p. 8.

poner a disposición trabajadores como en el caso de la intermediación laboral sino cumplir con los resultados de la actividad. Se trata en la mayoría de casos de contrato de locación de servicio con obligaciones de resultado y no obligaciones de medios o mera actividad.

Así se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.³⁵¹

La legislación nacional desde la primera norma que regule la tercerización³⁵² hasta las vigentes ha establecido con diversos matices que son elementos característicos de las empresas de tercerización los siguientes:³⁵³

- a) **La pluralidad de clientes.-** La regla general es que las empresas tercerizadoras deben tener más de un cliente principal³⁵⁴. El plazo de adecuación a ello es de un año a partir del 25.07.08³⁵⁵. El mismo plazo rige para aquellas empresas de tercerización que recién se constituyen y cuyo inicio de cómputo se inicia desde el momento de su constitución.³⁵⁶

El objeto de este requisito es evitar que a través de empresas vinculadas, simuladas, fantasmas o de fachada creadas por el supuesto cliente principal se

³⁵¹ Artículo 2º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización

³⁵² Cfr. PUNTRIANO ROSAS, César, "Tercerización de servicios. Análisis de la anterior y actual legislación", en *Actualidad Jurídica*, Tomo 175, Lima, 2008, pp. 23-29.

³⁵³ Artículo 2º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

³⁵⁴ Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 1038, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, establece que "*en casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica*".

³⁵⁵ En contra DOLOLIER TORRES, Javier Ricardo y VARGAS LLAURY, Cecilia, "¿Es inconstitucional la Ley que regula los servicios de tercerización?", en *Actualidad Jurídica*, Tomo 175, Lima, 2008, pp. 17-21.

³⁵⁶ Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 1038, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

evadan beneficios sociales de los trabajadores. De esta manera, al imponer la obligación que al cabo de un año se tenga pluralidad de clientes se pone un filtro para minimizar estos actos fraudulentos.

Los afectados directos por esta disposición fueron las pequeñas empresas³⁵⁷ quienes exigieron el respeto a su derecho a la libertad de empresa y trabajo. Reclamo escuchado y atendido por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR que estableció excepciones al requisito de la pluralidad de clientes³⁵⁸:

–Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro de un ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora. Este puede ser el caso de las comunidades indígenas o locales que a través de una empresa de tercerización brindan servicios a empresas mineras, petroleras, construcción o saneamiento tales como el tratamiento de los residuos sólidos, traslado de personal, servicios médicos, servicios educativo, preparación de alimentación o vestido, etc.

–Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existen motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora. Pensemos en el caso de la empresa extractiva cuyas obligaciones derivadas de la responsabilidad social la llevan a beneficiar directamente a las población local donde desarrolla su actividad extractiva, y lo hace a través de una empresa tercerizadora conformada por los propios pobladores, que tiene como único cliente a la empresa extractiva.

–Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa. Evidentemente, si es una empresa de estas características parece excesivo pedirle pluralidad de clientes.

³⁵⁷ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, “La nueva regulación sobre tercerización”, cit., p. 9.

³⁵⁸ Artículo 4.2 del Decreto Supremo N° 003- 2002- TR.

- b) Equipamiento propio.-** Se entiende que la empresa cuenta con equipamiento propio cuando las herramientas o equipos que utilizan los trabajadores son de su propiedad o bajo la administración y responsabilidad de la empresa tercerizadora³⁵⁹ (arrendamiento, usufructo, comodato, etc.).

De esta manera, cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o inmuebles de terceros, siempre que los mismos se encuentren dentro del ámbito de su administración o formen parte componente o vinculante de la actividad o instalación productiva necesario para su operación integral.³⁶⁰ Nada impide a la empresa tercerizadora convenir con su cliente principal a fin de usar sus locales o maquinarias y abaratar costos para ambos. La única condición en estos casos es que los trabajadores de la empresa de tercerización conserven su autonomía respecto a la empresa principal.

- c) Inversión de capital propia.-** En la conformación de la empresa y equipamiento de la misma no debe intervenir la empresa principal. En los casos en que la empresa principal constituya una empresa de tercerización por intermedio de un testaferro con el objeto de evadir sus obligaciones laborales, aplicando el principio de primacía de la realidad se entenderá que la relación laboral existente es directamente con la empresa principal.

- d) Retribución del servicio u obra.-** La actividad que prestan las empresas tercerizadoras debe ser remunerada de manera efectiva. Este elemento se puede corroborar mediante las declaraciones juradas presentadas a la SUNAT y los contratos de trabajo registrados en el Ministerio de Trabajo.

³⁵⁹ Numeral 3 del artículo 4º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁶⁰ Numeral 3 del artículo 4º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

- e) No implique la mera provisión de personal.-** Las empresas tercerizadoras se caracterizan por naturaleza en brindar un servicio de manera autónoma, y no por proveer meramente de personal a la empresa principal, característica propias de una empresa de intermediación.

Estos elementos son copulativos y la inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización³⁶¹. Arce Ortiz, defensor de la subcontratación manifiesta que “hoy en día la mayoría de empresas optan por un modelo descentralizado que les permita adaptarse a un mercado de bienes y servicios saturado por la competencia y muy cambiante en cuestión de oferta y demanda. (...) a las empresas que afrontan sectores competitivos ya no les interesa saturar los mercados de sus productos (o dicho de otra forma, producir en serie), porque será difícil encontrar compradores para toda su producción.”³⁶²

El Decreto Supremo N° 006-2008-TR establece que tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal podrán aportar elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal. Este derecho a probar que asiste a los empleadores como parte de su derecho fundamental a un debido proceso. Empero, el verdadero aporte de la norma, es sin duda, la lista abierta de argumentos que puede exponer la empresa usuaria para probar que en su caso no se da una mera provisión de personal, porque existe³⁶³:

- a) Separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa,** esto es los trabajadores de la empresa tercerizadora tienen asignado un espacio propio y tienen funciones específicas, y solo obedecen a su correspondiente empleador. La constatación de la utilización fraudulenta de la

³⁶¹ Artículo 4° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁶² Arce Ortiz, Elmer. Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento? En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SPDTPSS. Lima- Perú. 2008. p. 21

³⁶³ Numeral 4 del artículo 4 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

empresa de tercerización como pantalla o fantoche, para suministrar personal a la empresa principal trae consigo la responsabilidad solidaria laboral.

- b)** Una organización autónoma de soporte de las actividades objeto de la tercerización; existe una estructura empresarial interna gobernante de los trabajadores de la empresa de tercerización y ausencia de atributos de empleador en la empresa principal sobre los trabajadores de la tercerizadora.
- c)** La tenencia y utilización por parte de la empresa de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que cuente la empresa principal, y similares.

Al iniciar la ejecución del contrato de trabajo que implique el destaque de un trabajador de la empresa tercerizadora en la empresa principal, la primera tiene la obligación de informar por escrito a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal, lo siguiente³⁶⁴: a) la identidad de la empresa principal, incluyendo a estos efectos el nombre, denominación o razón social de esta, su domicilio y número de Registro Único del Contribuyente; b) las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal, cuya ejecución se llevará a cabo en el centro de trabajo o de operaciones de la misma; c) el lugar donde se ejecutaran las actividades. Dicha información podrá ser incluida en los contratos de trabajo o transmitida a los trabajadores de la empresa tercerizadora mediante comunicación escrita³⁶⁵. La obligación de informar de la empresa tercerizadora se efectúa por escrito ante los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, sus representantes y sus organizaciones sindicales, antes del desplazamiento. En el caso de los trabajadores de la empresa principal dicha obligación se cumple a través del empleador de los mismos³⁶⁶.

³⁶⁴ Artículo 6º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

³⁶⁵ Artículo 8º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁶⁶ Artículo 8º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

La empresa principal deberá informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que estos realizan³⁶⁷.

La tercerización no debe implicar restricción alguna de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores³⁶⁸ sino ser efectivamente un mecanismo de hacer más eficiente los procesos productivos del cliente principal. Los trabajadores de las empresas que prestan servicios de tercerización tienen los siguientes derechos:³⁶⁹

a) Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.

El derecho constitucional a la igualdad impone a la empresa tercerizadora la obligación de dar un trato igualitario a sus trabajadores del mismo puesto y categoría ocupacional, otorgándoles los mismos beneficios sociales independientemente del tiempo de duración de su contrato laboral.

b) Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normatividad vigente; en

³⁶⁷ Artículo 8º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁶⁸ Recordemos que ya antes el artículo 4-A del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, modificado por el artículo 1º del Decreto Supremo N° 020-2007-TR, ya señalaba que “los contratos de tercerización, con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores, y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.”

³⁶⁹ Artículo 7º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

consecuencia, los trabajadores no están sujetos a subordinación por parte de la empresa principal.

En caso exista subordinación de trabajadores de la empresa tercerizadora por parte de la empresa principal, la actividad de tercerización se habría desnaturalizado y a la luz del principio de primacía de la realidad el trabajador se reconocería una relación laboral con la empresa principal.

- c) La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los de los dirigentes amparados en el fuero sindical.

La tercerización de servicios no puede ser utilizada como mecanismo para debilitar el movimiento sindical u obstruir el ejercicio de derechos sindicales sino ser adoptada como un mecanismo de descentralización de una actividad secundaria o complementaria de la empresa, que puede ser desarrollada de manera más eficiente por un tercero.

Si se descubre que la tercerización se utilizó con el propósito de limitar exclusivamente derechos sindicales, de negociación colectiva o sustituir a trabajadores en huelga o afectar derechos laborales de dirigentes sindicales este contrato puede ser objeto de nulidad al ser un acto jurídico que contraviene el orden público laboral, ello independientemente de las sanciones administrativas que hubiere lugar.

- d) Cuando corresponde, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la autoridad administrativa de trabajo o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, a impugnar las prácticas antisindicales,

a la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo a la legislación vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho a la libertad sindical y de la negociación colectiva o la violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

El trabajador de la empresa de tercerización puede recurrir a la autoridad administrativa del trabajo y solicitar una inspección laboral a fin de que verifiquen el cumplimiento de sus derechos laborales y la desnaturalización de la tercerización, si fuera el caso.

Precisemos que la utilización fraudulenta de una empresa de tercerización con fines de evadir derechos laborales puede ser causal incluso de la disolución de la sociedad comercial por atentar contra el orden público y la libertad del trabajo³⁷⁰. Buenos ejemplos de tercerización de servicios son los contratos de gerencia, comercialización y distribución de productos, anfitriónaje, vigilancia y limpieza, centros de atención al cliente, cobranzas, recojo de recibos, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa y los contratos que tiene por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.³⁷¹

Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales, manteniéndose la subordinación de los mismo respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe

³⁷⁰ Artículo 410° de la Ley General de Sociedades

³⁷¹ Cfr. Artículo 3° de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.³⁷²

Los contratos de tercerización tienen como principal característica la autonomía del personal y la existencia de estrecha coordinación entre los supervisores o encargados del personal tercerizado y el representante de la empresa principal. No existe forma alguna en que pueda el cliente principal ejerza subordinación sobre el personal de la empresa tercerizadora.

Es posible que la subcontratación por parte de la empresa de tercerización y también es posible que la empresa principal llegue a subordinar a los trabajadores de la empresa subcontratada, situación en la cual el trabajador afectado podrá reclamar, basado en el principio de primacía de la realidad, el reconocimiento de la relación laboral existente entre el mismo y la empresa principal. La subcontratación ilícita (*outsourcing* simulado), se configura “si la empresa principal encarga a la empresa B la realización de un servicio, a pesar de que es ella misma la que dirige la prestación de los trabajadores de B, entonces el proceso de subcontratación será ilícito”³⁷³. Ello en estricta aplicación del principio de realidad que descubriría al empleador formal (empresa B) y al empleador real (empresa A) e incluso traería a consecuencia de la responsabilidad laboral solidaria tal como ocurrió en la siguiente jurisprudencia: “En las instancias de mérito ha quedado establecido el carácter laboral de la prestación de servicios del actor, toda vez que en el primer contrato que este suscribió con la demandada a pesar que se le denominó como uno de ‘locación de servicios’, sin embargo debido al tiempo en que permaneció con vínculo contractual y a la naturaleza del cargo para el cual fue contratado, se desprende en aplicación del principio de primacía de la realidad, que la naturaleza de dicho contrato era uno de naturaleza laboral obviamente de forma indeterminada. (...). En este sentido, al declararse en aplicación del *principio de primacía de la realidad* la existencia de una relación laboral del actor con

³⁷² Artículo 4º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

³⁷³ ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú, Palestra, Lima, 2006, p. 26.

Sedapal, los contratos de naturaleza civil celebrados entre el demandante y Concyssa devienen en ineficaces al haber las codemandadas violentado el *principio de la buena fe* simulando una situación contractual que no corresponde a la real y verificada judicialmente, por lo que todas las constataciones efectuadas se tornan supuestos propios de la contratación laboral directamente entre el actor y Sedapal; por ello se encuentra arreglada a derecho la declaración de la existencia de un contrato laboral con la citada codemandada”^{*}.

Acotemos que la subcontratista también puede ser responsable solidariamente con la contratista y la empresa principal por los beneficios laborales impagos de los trabajadores básicamente por haberse verificado un copatronato o la existencia de empleador mediato y otro inmediato.

5.2.2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD Y LAS EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN

El principio de primacía de la realidad cuenta entre sus instituciones derivadas a la solidaridad laboral y la desnaturalización de los contratos del trabajo. En el caso de la tercerización la desnaturalización de la misma se produce en los siguientes supuestos:³⁷⁴

- a) En caso que el análisis razonado de los elementos característicos de la tercerización se halla constatado la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo subordinación de la empresa principal.
- c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo máximo legal³⁷⁵ o cuando se produce la cancelación del registro.

^{*} Casación N° 1739-2003-Puno, *El Peruano*, 01.03.06.

³⁷⁴ Artículo 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁷⁵ Artículo 9° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.³⁷⁶ Los contratos de tercerización que se celebren cuando la empresa tercerizadora carezca de pluralidad de clientes, autonomía económica, patrimonial y técnica,³⁷⁷ y se compruebe que la prestación es una simple provisión de personal, traerán como consecuencia que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal,³⁷⁸ así como la cancelación del registro correspondiente,³⁷⁹ sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.³⁸⁰

Se reconocen tres supuestos de tercerización: a) la tercerización sin desplazamiento de personal en las instalaciones de la empresa principal, la cual no genera solidaridad laboral; b) la tercerización con desplazamiento eventual o temporal de personal en las instalaciones de la empresa principal que puede potencialmente generar solidaridad laboral; c) la tercerización con destaque permanente de personal en la empresa principal genera solidaridad laboral máxime si los trabajadores desempeñan labores principales.

El principio de primacía de la realidad, va más allá de la formalidad de los contratos de tercerización, si en el terreno de los hechos se constata trato directo y subordinación de los trabajadores de la empresa de tercerización ejercida por la empresa de tercerización se deberá inexorablemente reconocer la relación laboral correspondiente e incluso la solidaridad laboral cuando corresponda.

³⁷⁶ Artículo 5º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁷⁷ Artículos 2º y 3º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

³⁷⁸ Artículo 5º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización y el Artículo 4-B del Decreto Supremo N° 003-2007-TR, que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajo.

³⁷⁹ Artículo 8º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.- Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la autoridad administrativa de trabajo, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución. La inscripción en el registro se realiza ante la autoridad administrativa de trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro.

³⁸⁰ Artículo 5º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

Una inspección de trabajo puede constatar que una empresa tercerizadora no ha cumplido con sus obligaciones e incluso a permitido la desnaturalización de la actividad, la sanción puede ser la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal, y la autoridad administrativa del trabajo en el procedimiento administrativo sancionador declara la cancelación del registro.³⁸¹ Impuesta la sanción de cancelación del registro el Ministerio de Trabajo notifica la misma a la empresa de tercerización, la cual queda impedida de desplazar trabajadores. Posteriormente, se publica la cancelación del registro en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, momento en el cual la empresa principal deberá concluir el contrato con la empresa de tercerización.³⁸² En este último caso, las empresas principales disponen de un plazo de treinta días calendarios a fin de efectuar la adecuación correspondiente,³⁸³ esto es contratar a los trabajadores directamente.

5.2.3. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD LABORAL Y LAS EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN

Las empresas de tercerización que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores, este es un presupuesto consustancial a la tercerización³⁸⁴. Sin embargo, la realidad en los últimos años dejó constancia que demasiados trabajadores quedaban impagos en sus beneficios sociales a pesar de haber prestado un servicio efectivo a favor de la empresa principal. En este aspecto, es un avance sustantivo la consagración de la solidaridad laboral a favor del trabajador entre la empresa tercerizadora y la empresa principal.

La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente

³⁸¹ Artículo 9º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁸² Artículo 9º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁸³ Artículo 9º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁸⁴ Artículo 4-A del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación del desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral³⁸⁵. A su vez, la empresa principal podrá cautelar sus intereses adoptando las siguientes medidas:

- a) Solicitar a la empresa tercerizadora una carta fianza por el 20% del valor del total de las remuneraciones que se pagan a los trabajadores cuya vigencia sea un año posterior a la culminación del servicio y que se pueda ejecutar para efectos de cancelar los créditos laborales pendientes.
- b) Incluir en el contrato de tercerización la facultad de la empresa principal de que en los casos en que se adeude la remuneración de los trabajadores, esta pueda pagar directamente las misma, descontando dicho concepto del pago mensual que se realiza por el servicio tercerizado.

La solidaridad laboral en este caso se contrae únicamente respecto a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral³⁸⁶ como las surgidas del convenio colectivo y liberalidades otorgadas por el empleador.

La empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad laboral establecida por ley, tiene derecho a repetición contra ésta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o

³⁸⁵ Artículo 9º de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

³⁸⁶ Artículo 3º del Decreto Legislativo 1038, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

quiebra³⁸⁷, una ventaja y consuelo muy atractivo. La solidaridad laboral puede extenderse a los casos en los cuales formalmente no existe un desplazamiento de personal, pero en la realidad se constata que si se produce dicho destaque (eventual o permanente) y cuando ocurre el mismo, lleva consigo la subordinación del trabajador de la empresa tercerizadora. La solidaridad laboral en estos casos no emana de la norma sino de la aplicación del principio de primacía de la realidad, que da fe de la existencia de una relación laboral con la empresa principal y en otros casos la existencia de un copatronato.

La extensión de la responsabilidad (solidaridad laboral) alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista, quienes son deudores solidarios frente al trabajador impago o a la entidad de previsión social.³⁸⁸ Las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas en la ley³⁸⁹, estas incluyen por ejemplo las referidas a despido arbitrario o vacaciones no gozadas.

La solidaridad laboral en el ámbito de la tercerización se extiende a las obligaciones de previsión social que incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al Seguro Social o a un sistema pensionario. La extensión de responsabilidad comprende a los incumplimientos que produzcan durante el periodo de desplazamiento³⁹⁰. La solidaridad en materia de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo se rige por lo dispuesto en el artículo 5º de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobada por Decreto Supremo N° 003-98-SA. El plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria se inicia ocurrido el fin del desplazamiento³⁹¹.

³⁸⁷ Artículo 4º del Decreto Legislativo 1038, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

³⁸⁸ Artículo 7º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁸⁹ Artículo 7º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁹⁰ Artículo 7º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

³⁹¹ Artículo 7º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

La tercerización se desarrolla legislativamente tiene su origen indirecto en el Capítulo 17 del Tratado de Libre Comercio con EE.UU., artículo 16.2, que establece que ninguno de los países partes puede dejar de aplicar, sus leyes o reglamentos en perjuicio de los derechos de los trabajadores, lo que prácticamente significó un duro golpe para la intermediación laboral como una de las formas más usadas por los empresarios, y también más desnaturalizada. La pérdida de este recurso, ha sido compensada con el fortalecimiento de las empresas tercerización aceptada incluso en labores principales, tema que en el futuro puede generar contingencias laborales, si es que se cruza la delgada frontera entre la coordinación y la subordinación del personal destacado en dichas labores.

La tercerización sin destaque de personal o destaque eventual bien llevada no genera ningún tipo de contingencia laboral. La que involucra desplazamiento permanente de personal es la que puede generar tanto solidaridad laboral (entre la empresa principal, la empresa tercerizadora y la subcontratista) y el reconocimiento de la relación laboral del trabajador de la empresa tercerizadora con la empresa principal. Lo más importante para tener certeza de que se está utilizando correctamente la tercerización es respetar estrictamente la autonomía de la empresa tercerizadora y evitar cualquier tipo de subordinación con el personal de la misma. La efectiva coordinación con el personal de la empresa tercerizadora disminuye las contingencias laborales. Sostenemos que los presupuestos para ser una empresa de tercerización se pueden flexibilizar y no perder su esencia siempre que se mantenga pétrea e inmutable: el respeto a la autonomía del servicio y la nula subordinación del personal de la tercerizadora respecto a la empresa principal.

La utilización fraudulenta de la persona jurídica mas perniciosa puede ser la de la empresa principal que subordino de manera efectiva al personal de una empresa de tercerización, y siendo inminente la imposición de solidaridad, traspase clientes y bienes a una nueva empresa vinculada o recién constituida. En estos casos

sostenemos que la solidaridad laboral se extendería a la persona jurídica utilizada fraudulentamente vía el carácter persecutorio del crédito laboral.

Sanguineti Raymond, señala sobre la tercerización: “que la generalización de las estrategias descentralización entraña un (...) muy importante riesgo para el Derecho de trabajo, que se añade al de su potencial pérdida de virtualidad: el de la degradación de la función protectora y homogeneizadora de las condiciones de trabajo, que tradicionalmente han venido desempeñando las normas laborales, tanto de origen legal como convencional, como resultado del auge de modalidades precarias de contratación para la atención de todo tipo de necesidades productivas, sujeta además, por lo general, a convenios colectivos de mínimos, al menos frente a aquellos que resultarían de aplicación de no optarse por este de soluciones, cuando no al puro imperio de la autonomía individual. (...) La descentralización productiva (...) alienta el desequilibrio entre trabajadores integrados en los mismos procesos productivos y la aparición de una empresa “mezquina” que buena parte de su capacidad competitiva, cuando no toda, en ahorros en los costes de la mano de obra generados a través del empleo masivo de trabajo subcontratado, prestado en régimen de precariedad laboral y salarial.”³⁹²

“Frente a ello, naturalmente existe siempre la posibilidad de recurrir a los mecanismos tradicionalmente empleados para compensar la desigualdad de posiciones en el ámbito de las relaciones laborales: la acción sindical y la negociación colectiva. No debe perderse de vista, que las propias características de los procesos descentralizadoras contribuyen igualmente a reducir el espacio de actuación y la efectividad de estos instrumentos. En ese sentido, la descentralización productiva no solo acentúa las dificultades de sindicación de los trabajadores a los que afecta, sino obstaculiza la articulación de los intereses profesionales a niveles superiores. Las razones de este doble efecto hay que

³⁹²Sanguineti Raymond, Wilfredo. Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas. Laborem N° 9/ 2009. SPDTSS. Lima- Perú. 2010. p. 151-2

buscarlas, tanto en la minoración de dimensiones de las empresas y el incremento de la precariedad laboral que suelen acompañar a este tipo de fenómenos, como en paralelo ensanchamiento del espacio para la individualización que a partir de ello se genera.”³⁹³

Coincidimos con quienes consideran “que el problema de fondo que plantea la descentralización de actividades productivas no es tanto uno de garantía de cumplimiento de obligaciones laborales, como se ha venido entendiendo hasta el momento, sino más bien de degradación de la calidad del empleo, derivado de su potencial utilización para reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación de ella.

(...) El recurso a estas técnicas permite a quienes deciden servirse de ellas obtener un resultado bastante más favorable que el que se conseguiría con una presunta reforma en clave flexibilizadora de la legislación laboral, pero sin tener que afrontar los obstáculos políticos que supondría su aprobación. Simplemente, dicha legislación y sus instituciones básicas siguen estando vigentes, pero su aplicación se ve convenientemente puesta entre “paréntesis” o “punteada” mediante la colocación de la barrera de la personalidad jurídica diferenciada entre la empresa madre y los trabajadores que laboran para cada una de las sociedades que integran la red que la alimenta. El desplazamiento hacia el exterior de la determinación de la duración de los contratos de trabajo y el contenido de las condiciones laborales, con la consiguiente posibilidad de degradación de las mismas, no son sino una consecuencia natural de ello.”³⁹⁴

Sanguinti agrega que “no se pretende insinuar que toda externalización genera necesariamente esos efectos; ni tampoco que la utilización de este mecanismo responda siempre a ese propósito. Por el contrario, no es difícil pensar en multitud de supuestos en los que el recurso a la misma no solo se encuentra plenamente

³⁹³ Cruz Villalón citado por Sanguineti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 152

³⁹⁴ Sanguineti Raymond, Wilfredo. Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas. Laborem N° 9/ 2009. SPDTSS. Lima- Perú. 2010. p. 153-4.

justificado, sino que constituye la estrategia más adecuada para satisfacer las necesidades empresariales, en especial debido a su carácter especializado, estando en condiciones además de reportar beneficios laborales superiores a los trabajadores que en él intervienen. (...) Empero, esto hace posible que las operaciones de descentralización de actividades productivas, basadas en razones técnicas, organizativas o productivas convivan con otras cuyo único propósito es conseguir una degradación de las condiciones de trabajo. (...) Con ello se crean las condiciones para la progresiva desvirtuación de este mecanismo y su transformación en un simple pero eficaz instrumento al servicio de una política de abaratamiento abusivo de los costos laborales.”³⁹⁵

“De lo que se trata no es tanto de impedir o limitar el derecho de los empresarios a organizar sus actividades recurriendo a esta clase de técnicas, que es expresión de la libertad de empresa garantizada por todos los ordenamientos democráticos, como de propiciar la consecución de un equilibrio –de momento inexistente- entre la flexibilización que estas proporcionan, imprescindible dentro del mundo en el que nos movemos, y la tutela de la posición jurídica de los trabajadores implicados en ellas.”³⁹⁶

5.3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA UTILIZACION FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURIDICA

Bien señala Sanguineti Raymond que: “en poco menos de dos décadas, la subcontratación de las actividades empresariales ha pasado de ser un componente ocasional y poco trascendente de los procesos de producción, destinado a satisfacer necesidades esporádicas de labores especializadas de escasa trascendencia o a cubrir parcelas muy limitadas de la actividad productiva, a convertirse en un componente estructural de los mismos. En base a este espectacular crecimiento de la importancia de la subcontratación se encuentran,

³⁹⁵Sanguineti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 154

³⁹⁶Sanguineti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 155

como a estas alturas es sobra conocido, los cambios experimentados en las últimas décadas en el entorno económico en el que deben desarrollar su actividad las empresas.”³⁹⁷ Así, Sanguinetti, da testimonio de que la intermediación fue consecuencia directa de las políticas de apertura económica del Estado, y la flexibilización laboral de principios de la década del 90 del siglo pasado, y que ha ocasionado profundos cambios en la vigencia de los derechos laborales de los trabajadores.

No obstante ello, “hasta fechas muy recientes no ha existido en el Perú norma alguna que se ocupase de regular las consecuencias laborales de la subcontratación de obras o servicios. En su momento la aprobación de la Ley No 27626, denominada Ley de Intermediación Laboral, generó una cierta expectativa de limitación del empleo de este tipo de mecanismos, al regular bajo este común paraguas conceptual supuestos de intermediación laboral propiamente dichos (la prestación de servicios temporales, bajo el poder de dirección de las empresas usuarias, por parte de trabajadores de las denominadas “empresas de servicios temporales) conjuntamente con otros más próximos a la subcontratación de obras o servicios (la prestación de servicios “complementarios” y “especializados” por personal dependiente de empresas dedicadas exclusivamente a este tipo de actividades). Este hecho, unido a la expresa indicación por parte de la propia ley de que el “destaque” de personal en los centros de trabajo u operaciones de las empresas usuarias se encontraba permitido únicamente en los tres supuestos recién mencionados, inducía a pensar que la opción de la norma había sido la de limitar la subcontratación, cuando las labores debían llevarse a cabo en las instalaciones de la empresa principal, a la prestación de los mencionados servicios complementarios y especializados, con exclusión de cualquiera otros.”³⁹⁸

“Esta presunta opción normativa, más próxima a la prohibición de la descentralización productiva que a su regulación, sin embargo, sería rápidamente puesta en cuestión por la aprobación por el D.S. N° 003-2002-TR, cuyo artículo 4°

³⁹⁷Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas. Laborem No 9/ 2009. SPDTSS. Lima- Perú. 2010. p. 140-1

³⁹⁸Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 156

dispuso que “no constituyen intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193º de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratista, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuentan con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.”³⁹⁹

“Este panorama se ha visto, bruscamente alterado a lo largo de los dos últimos años por la aprobación de diversas normas encaminadas, precisamente, a regular los efectos laborales de la tercerización de actividades. Entre ellas, señaladamente, el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, publicado el 20 de septiembre de 2007, y la aún más reciente Ley N° 29245, que saldría a la luz el 24 de junio de 2008. (...) Es evidente que el propósito de esta ley es tanto reafirmar la legalidad del recurso a la subcontratación de actividades productivas, como establecer un conjunto de garantías capaces de limitar sus efectos laborales negativos. La conciencia de que la tercerización es capaz de desplegar consecuencias desfavorables sobre los trabajadores afectados por ella recorre toda la norma, que se aboca de manera decidida a intentar establecer cautelas frente a ello. Dichas cautelas tienen, sin embargo, en su mayor parte, un carácter puramente declarativo, en la medida, o bien se concretan en afirmaciones de alcance general, carentes de la debida precisión y, por tanto, prescriptividad, o bien suponen solamente la reafirmación de la aplicación en estos casos de garantías existentes con anterioridad dentro de nuestro ordenamiento.”⁴⁰⁰ En buena cuenta el impacto de la norma termina siendo fundamentalmente pedagógico que sustancial.⁴⁰¹

³⁹⁹Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 157

⁴⁰⁰Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 157-8

⁴⁰¹Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 159

Sin embargo, la norma cuenta con algunos mecanismos como la solidaridad laboral cuyos efectos positivos “saltan a la vista, no solamente en relación con el aseguramiento del pago de los créditos laborales en los casos de insolvencia del subcontratista, para el que la consideración de la principal como responsable solidaria constituye una garantía sumamente eficaz, sino también en relación con el aseguramiento del cumplimiento por parte de los contratista de la legislación laboral. No se trata aquí solamente de que la forma escrita de los contratos y la información sobre el personal de la empresa. En realidad es aquí donde despliega su autentico efecto positivo la imposición de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, en la medida en que su imposición de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, en la medida en que su imposición de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, en la medida en que su imposición se constituye en el mayor aliciente para que la misma no solamente busque entrar en contacto con entidades solventes y serias desde el punto de vista laboral, sino que ejerza un control efectivo del cumplimiento por parte de las mismas de sus obligaciones legales.”⁴⁰² Sin embargo, nada de ello, hace disminuir el potencial uso como instrumento de esta institución para la precarización del empleo y la degradación de las condiciones de trabajo.⁴⁰³

La intermediación laboral consiste en la prestación de provisión de trabajadores de acuerdo a las necesidades de la empresa, específicamente para labores temporales, complementarias o altamente especializadas.⁴⁰⁴ La intermediación laboral en la mayoría de casos entraña el destaque de personal en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria. De allí que “más que de subcontratación a secas, se prefiera hablar en estos casos de descentralización productiva u outsourcing, con el fin de destacar cómo ella actúa como una herramienta el servicio de una estrategia global de gestión de los procesos productivos caracterizada por el recurso por parte de la empresa que asume el

⁴⁰² Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 160

⁴⁰³ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 161

⁴⁰⁴ Las empresas de intermediación pueden ser personas jurídicas constituidas al amparo de la Ley General de Sociedades o la Ley General de Cooperativas, y tendrán como objeto exclusivamente la prestación de provisión de personal.

control de estos a empresas especializadas o colaboradores externos para la realización de algunas – y eventualmente todas o la mayor parte- las fases o actividades que forman parte de los mismos, en lugar de llevarlas a cabo de forma directa, mediante la contratación de personal sujeto a una relación de dependencia. La descentralización productiva constituye, de tal forma, una estrategia de gestión empresarial basada en la combinación de **tres elementos**: a) la fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción; b) el empleo de empresas especializadas y proveedores externos, normalmente en régimen de subcontratación, para su atención; y c) la coordinación global de las actividades de estos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación.”⁴⁰⁵

Al respecto Casani Fernández de Navarrete señala que “en principio, el propósito declarado de la puesta en marcha de las estrategias de externalización de las actividades productivas es incrementar la capacidad adaptativa de la empresa haciéndola más ligera, ágil, eficiente, flexible y competitiva, al reducir sus dimensiones y concentrar su actividad en el desarrollo en lo que constituyen sus competencias básicas o nucleares.”⁴⁰⁶ Sin embargo, agrega luego: “son abrumadoras las evidencias que ponen de manifiesto cómo el encargo a terceros de parcelas la actividad productiva es percibido, en la práctica, esencialmente como un instrumento dirigido a conseguir una flexibilización notable de las formas de uso de la fuerza de trabajo y un ahorro significativo de los costos salariales a ellas asociados, soslayando los límites impuestos a estas operaciones por la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación a la empresa.”⁴⁰⁷ Es evidente que la intermediación laboral ha traído como efecto “más notorio (...), como resulta fácil aventurar, una masiva sustitución de relaciones laborales de trabajo dependiente prestado de forma directa y regular por formas

⁴⁰⁵ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 143

⁴⁰⁶ Casani Fernández de Navarrete, Fernando. La descentralización productiva y la realidad económica. En: Gil Suarez, Luis. Descentralización productiva. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000. p. 199.

⁴⁰⁷ Casani Fernández de Navarrete, Fernando. Ibidem. p.22

externas de relación con terceros para la realización de la misma actividad productiva.”⁴⁰⁸

La intermediación laboral tiene como elemento sustancial el compartir el ejercicio de los poderes del empleador entre dos sujetos, puesto que mientras la empresa usuaria tiene el poder de dirección, organización y fiscalización de las labores del personal destacado, la entidad de intermediación laboral mantiene la facultad disciplinaria y es quien cancela los beneficios sociales y previsionales de esos trabajadores, aunque existe solidaridad laboral respecto a la empresa usuaria. En el supuesto de las actividades complementarias o altamente especializadas, la facultad de dirección y supervisión de la empresa usuaria aunque mínima, siempre existe.

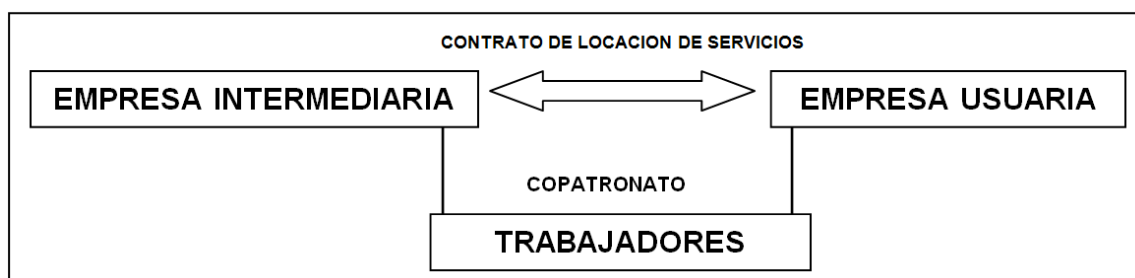
Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios en puestos vinculados a las actividades principales o permanentes del cliente sino solamente aquellos que sean temporales, eventuales o de carácter complementario en la empresa usuaria.⁴⁰⁹ En otras palabras, no pueden ocupar plazas consideradas en la organización empresarial como de carácter permanente, salvo en los casos de suplencia, las cuales constan en la Manual de Organización y Funciones de la Empresa y el Cuadro Analítico de Personal.

La intermediación laboral implica una provisión de trabajadores de una entidad, empresas de servicios especiales (“services”) o cooperativas de trabajadores, para que estos presten servicios bajo dirección de un tercero (empresa usuaria). Ello genera inexorablemente un supuesto típico de copatronato y una distribución efectiva de la facultad de dirección y fiscalización, como se observa con los trabajadores destacados que laboran bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria, quien definirá como se desarrolla la prestación efectiva del trabajador.

⁴⁰⁸ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 146

⁴⁰⁹ Artículo 3º de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.

La intermediación laboral da origen a tres relaciones: a) una de carácter civil, entre la empresa intermediaria y la empresa usuaria; b) una relación laboral entre los trabajadores destacados y la entidad intermediaria; c) la sujeción laboral, entre la empresa usuaria y el trabajador destacado.



El ordenamiento jurídico peruano permite la intermediación laboral para actividades de carácter temporal (suplencia o contratación ocasional), especializadas o complementarias a la empresa usuaria. La intermediación de servicios especializados implica el desarrollo de labores auxiliares o de apoyo para otras empresas y son un tipo de actividades complementarias que se llevan a cabo en los establecimientos industriales (por ejemplo: mantenimiento especializado y saneamiento especializado). Las actividades de alta especialización corresponden a ocupaciones u oficios que requieren de una capacitación intermedia. Todas son actividades realizadas bajo la subordinación de la empresa o entidad de intermediación laboral.⁴¹⁰

Las entidades de intermediación laboral aportan las herramientas o implementos necesarios para que sus trabajadores puedan ejecutar tales labores y no forman parte de los procesos productivos de la empresa usuaria, ni de las distintas actividades organizativas de la misma. Ello involucra evidentemente la ausencia de vinculación económica entre la empresa usuaria y la intermediaria pues permitir dicha circunstancia sería asfaltar el camino directo al fraude a la normatividad laboral, ya que el empresa principal constituiría una empresa intermediadora para

⁴¹⁰ Artículo 5.3.c. de la Resolución Ministerial N° 206-2007-TR, Procedimiento para la Inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan Actividades de Intermediación Laboral - RENEEIL

que le brinde servicios, y ahorrar costos laborales a costa de menores beneficios a los trabajadores del *service*.

Una empresa usuaria puede tener, en labores ocasionales o de suplencia, como máximo el 20% de su personal en planilla.⁴¹¹ Las actividades complementarias o de alta especialización no tienen un límite, sólo se exige que asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, pese a ello, es allí donde se producen los principales fraudes laborales, sino véase los casos de abogados, contadores o ingenieros de sistemas destacados a empresas públicas y privados cuya autonomía es dudosa pues la mayoría de casos están absolutamente subordinado a la empresa y trabaja en forma exclusiva a la misma.

Es “evidente la posibilidad de utilización de estas nuevas modalidades de inserción en la actividad ajena como meras formas de encubrimiento de la existencia de relaciones de trabajo en régimen de dependencia en provecho de la empresa principal. Una posibilidad que se incrementa de forma notable como consecuencia de la evolución de las técnicas contractuales y la tendencia a asegurar a través de ellas resultados en última instancia semejantes a los que hasta el momento se habían venido garantizando mediante el poder de dirección. Las figuras del falso trabajador autónomo, así como de la empresa “pantalla” o interpuesta entre los trabajadores y aquellas que organiza y dirige realmente su actividad, adquieren a partir de estos fenómenos mayores posibilidades de plasmación que en el pasado.”⁴¹²

Sanguinetti acertadamente manifiesta que “la descentralización productiva no es solamente un mecanismo capaz de hacer posible la expulsión del ámbito de la laboralidad de determinadas relaciones. Más relevantes aún, tanto en términos

⁴¹¹ Artículo 6º de la Ley Nº 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores; Artículo 3º del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, Disposiciones para la aplicación de las Leyes 27626 y 27696, que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, modificado por el artículo 1º del Decreto Supremo Nº 006-2003-TR.

⁴¹² Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 147

cuantitativos como cualitativos, son las consecuencias que se encuentran en condiciones de desplegarse sobre aquellas las relaciones de trabajo que, permaneciendo dentro del espacio de aplicación de las normas laborales, se ven afectadas por ella. En estos casos, como apuntan con insistencia quienes en los últimos años vienen prestando atención a estos procesos, la externalización contribuye a reducir la seguridad, la estabilidad y las garantías que dichas normas han venido asegurando en el pasado a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia. El trabajo pierde, así, aquellas garantías básicas que contribuyen a transformar su calidad, tornándose “precario e inseguro.”⁴¹³

“El mecanismo a través del cual se consigue esta reducción de garantía es bastante simple. Consiste en la elusión, mediante el recurso a empresas auxiliares o colaboradores externos, del presupuesto sobre el que se sustenta su aplicación: la existencia de una relación directa entre la empresa titular de la actividad productiva y los trabajadores que se encargan de atenderla. Este hecho, en principio formalmente intrascendente, como se dijo, abre la posibilidad de una intensa precarización de las relaciones de trabajo de dichos trabajadores, así como de una minoración significativa de sus condiciones de trabajo. Unos efectos, ambos, imposibles de conseguir de mantenerse las tareas expulsados en el ámbito de la empresa principal. Esto es así en la medida en que, al evitarse la configuración de dicha relación, la duración de las relaciones de trabajo, los mismos que las retribuciones y demás beneficios del personal que lleva a cabo las labores exteriorizadas, dejan de estar vinculadas a las condiciones de desarrollo de la actividad por parte de la empresa principal, en cuyo ciclo productivo se encuentran en última instancia integrados, para pasar a depender de las del contratista. Se posibilita con ello esa transferencia de riesgos al exterior y conversión de los costes fijos de la empresa principal en variables que normalmente se encuentran en la base del recurso a estas técnicas.”⁴¹⁴

⁴¹³ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 148. En ese mismo sentido, se pronuncian Rivero Lama así como Raso Delgue.

⁴¹⁴ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem. p. 148.

“Dicha operación tiene consecuencias, antes que nada, sobre la aplicación del principio de estabilidad en el empleo. Para tomar cuenta de ello basta con reparar en que, como consecuencia de ella, la vigencia de las relaciones de trabajo del personal al servicio de la empresa contratista deja de estar sujeta exclusivamente a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva exclusivamente a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa principal, a la que finalmente sirven, como ocurre de ordinario, para vincularse también a las de la relación entre su empleador y la misma. El fin de la contrata se convierte, de este modo, en un motivo susceptible de ser alegado para la extinción de estos contratos, así la actividad que realizan sigan siendo necesaria para la empresa principal. En tanto que la presunta imposibilidad de garantizar el empleo más allá del plazo del encargo deviene en causa capaz de ser utilizada como fundamento para la celebración de contratos de trabajo de duración determinada por tal periodo, incluso cuando a través de ellos se satisfagan necesidades ordinarias y permanentes de la empresa principal, que ella debería cubrir, de asumir directamente su realización, por medio de contratos por tiempo indefinido.”⁴¹⁵

“Lo anterior supone que mediante la externalización, no sujeto a ninguna exigencia causal, es posible fundamentar la conversión de puestos permanentes en temporales. Y también justificar su extinción por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven. Todo ello, naturalmente, a falta de una intervención normativa o jurisprudencial que, trascendiendo los aspectos formales de la contratación, atienda al elemento sustancial de la persistencia de la necesidad de fuerza de trabajo que se atiende a pesar de los avatares de las relaciones entre la empresa comitente y contratista. De allí que los principales efectos de la descentralización productiva y se ponga el acento en la precariedad como uno de los rasgos más característicos de la condición de los trabajadores que laboran para estas empresas.

⁴¹⁵ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem.p.149.

A este efecto precarizador se añaden las consecuencias degradatorias que la operación externalizadora está en condiciones de desplegar sobre los salarios y los demás condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas. Ha de tenerse en cuenta que, al no poseer vínculo alguno con la empresa principal, dichas condiciones no han de adecuarse ya a los módulos uniformes aplicables al personal interno de esta, sino que pasan a depender de la contratista. Una contratista creada por lo general para atender las necesidades de la mayor, de la que depende, y que debe ofrecer el servicio a esta en unas condiciones que hagan más provechoso recurrir a ella que contratar personal de forma directa. La respuesta previsible a esta tensión no es otra que la devaluación de las condiciones de trabajo del personal de contrata respecto al interno de la empresa principal. Una devaluación que viene facilitada por la no aplicación a dicho personal del convenio al que se encuentran sujetos los trabajadores de la empresa principal, bien por ser este uno de empresa, o bien por situarse la empresa contratista, debido a su especialización, fuera de su ámbito funcional de aplicación, cuando se trata de un convenio sectorial. Ello abre la puerta a la posibilidad de sustituir dicho convenio por otro menos garantista, negociando con el propósito de favorecer un empobrecimiento de los derechos reconocidos a los trabajadores de las empresas contratista comparados con los trabajadores de la principal, cuando no a la fijación unilateral de las condiciones de trabajo.”⁴¹⁶

“Es más, las consecuencias de esta operación pueden llegar a alcanzar a la elusión de la aplicación de la legislación laboral del país en el que se sitúa la empresa principal, cuando esta opte por recurrir a la subcontratación de la actividad productiva con empresas situadas fuera del territorio nacional. Entonces, por aplicación del principio de territorialidad consagrado por la mayor parte de las legislaciones nacionales y los convenios internacionales sobre la materia, resultan de aplicación las normas laborales y convenios colectivos vigentes en el país en el que se realiza la prestación laboral y no en aquel en el que se aprovechan los resultados. El recurso a la subcontratación permite, de tal manera, a las empresas comitentes la contratación del trabajo al precio del Estado menos protector, sin

⁴¹⁶ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem.p.149-150.

que la distancia sea un inconveniente decisivo para ello, dada la reducción de los costes de transporte y las facilidades que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones ofrecen para la coordinación global desde destinos remotos de los procesos de producción.”⁴¹⁷

“Puede afirmarse, en consecuencia, que la decisión de proceder a la segmentación del proceso productivo constituye también un instrumento capaz de permitir a quienes optan por ella una fácil elusión del convenio colectivo que le es aplicable, e incluso de la propia legislación laboral. Estas pueden ver significativamente, como resultado de su empleo, reducida su estructura de costes, al poder disponer a través de las empresas subcontratistas de prestaciones llevadas a cabo por trabajadores sujetos a unas condiciones de trabajo bastante inferiores que las que les corresponderían si estuviesen insertos dentro de su planilla. A la posible precariedad laboral se añade, de este modo, una paralela degradación salarial. Una degradación salarial cuyo único límite se encuentra, cuando las relaciones de trabajo continúan estando regidas por la legislación laboral, por el salario mínimo interprofesional. Pero no encuentra cortapisa alguna de situarse fuera de su ámbito de aplicación.”⁴¹⁸

Si la intermediación laboral se está utilizando para en actividad principal o estratégica de la empresa usuaria, entonces se habrá desnaturalizado la institución. Una de las formas de descubrir esta situación es aplicando el principio de primacía de la realidad que pondrá en evidencia que se está suministrando personal para una actividad que no es temporal, transitoria, ocasional, interina, aleatoria, imprevista, extraordinaria, accesorio, secundaria o ajena al giro principal de la empresa usuaria. En estos casos se estará utilizando a la intermediación laboral para privar a los trabajadores de beneficios sociales, provisionales y utilidades que según cada caso corresponderían por ejemplo mejores condiciones laborales y utilidades de la empresa principal.

⁴¹⁷ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem.p.150.

⁴¹⁸ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem.p.151.

La intermediación laboral será nula de pleno derecho cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la empresa usuaria.⁴¹⁹ Efectivamente, cuando la intermediación laboral está sirviendo de manera objetiva como mecanismos para debilitar la libertad sindical o la capacidad de negociación colectiva será considerada nula de pleno derecho.⁴²⁰ En los grupos de empresas una forma de debilitar el movimiento sindical es utilizar diferentes entidades de intermediación en las distintas empresas usuarias del grupo e incluso dentro de la misma empresa, ello además de la tercerización fraudulenta de servicios ha fragmentado a los sindicatos y los ha debilitado gravemente desde fines del siglo pasado.

La pérdida de vigencia del registro obligatorio para desarrollar actividades de intermediación laboral son las siguientes puede ser consecuencia de:⁴²¹ a) el incumplimiento a los derechos y beneficios correspondientes al trabajador, constatados en un procedimiento inspectivo y que hayan dado lugar a la aplicación de una resolución de multa; b) el incumplimiento de un acuerdo conciliatorio suscrito en un procedimiento tramitado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo; c) el incumplimiento de un laudo o resolución judicial firme que ordene el pago de derechos y beneficios a los trabajadores o de las obligaciones contenidas en el acta de conciliación.

La infracción a los supuestos de intermediación laboral debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores

⁴¹⁹ Artículo 4º de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.

⁴²⁰ Artículos 4º-C y 6º del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Disposiciones para la aplicación de las Leyes 27626 y 27696, que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores

⁴²¹ Artículo 21º de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores y el artículo 15º del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Disposiciones para la aplicación de las Leyes 27626 y 27696, que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.

han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria⁴²². En los casos en que mediante contratos o subcontratos de naturaleza civil se provean trabajadores para desarrollar labores que correspondan a la actividad principal de la empresa usuaria, se entenderá que tales trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde su respectiva fecha de iniciación de labores en dicha empresa⁴²³. La empresa usuaria es solidariamente responsable con la entidad que le destaca trabajadores por los derechos laborales, de origen legal o colectivo, de éstos que no están cubiertos por la carta fianza⁴²⁴ de la entidad de intermediación.

Se considera desnaturalizada la intermediación laboral, y en consecuencia configurada una relación laboral directa con el trabajador y la empresa usuaria, cuando se produzcan los siguientes supuestos⁴²⁵: a) el exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales; b) la intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia; c) la intermediación para labores distintas de las reguladas; d) la reiterancia del incumplimiento de los términos del contrato del personal destacado. El principio de primacía de la realidad descubre el plano de la realidad o sustancia, eludiendo los accidentes formales que la rodean, para efectos de impedir la comisión de un fraude laboral. Solamente si el magistrado o autoridad de trabajo se enfoca en los hechos podrá determinar la norma laboral aplicable y resguardar de manera real los derechos de los trabajadores, y sancionar situaciones de desnaturalización de la intermediación laboral.

Pensamos que es urgente reducir la distancia de las condiciones de trabajo entre los trabajadores de la contrata, y la empresa principal, y que una forma de avanzar

⁴²² Artículo 5º de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.

⁴²³ Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especialistas de servicios y cooperativas.

⁴²⁴ Artículo 25º de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especialistas de servicios y cooperativas.

⁴²⁵ Artículo 14º del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Disposiciones para la aplicación de las Leyes 27626 y 27696, que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.

en dicho propósito, es la conformación de sindicatos de carácter horizontal que agrupen a todos los trabajadores que laboran para los contratista de una misma empresa, y la negociación conjunta de sus condiciones laborales, contando con la participación de la empresa principal. Este tipo de sindicato, es atípico, como también lo es el sindicato de un grupo empresarial cuestión inexorablemente a mediano plazo reclama una regulación específica.⁴²⁶ Las disfuncionalidades sociales que genera la intermediación y la tercerización no se solucionaran solas, necesitan ser corregidas fundamentalmente porque “de ella depende en gran medida no solo la estabilidad y el equilibrio futuro de nuestras relaciones laborales, sino también que la situación de bonanza extraordinaria que experimentan en la actualidad determinados sectores productivos en nuestro país sea capaz de redundar en provecho de todos los que contribuyen con su esfuerzo a su obtención.”⁴²⁷

5.4. EL CARÁCTER PERSECUTORIO DEL CRÉDITO LABORAL

La protección de los créditos laborales es una de las instituciones más características del Derecho laboral, debido fundamentalmente: a) la naturaleza alimentaria y previsional, que tiene el crédito laboral, para el trabajador y su familia; b) la situación de desigualdad que existe entre el que tiene los medios de producción (el capital) y el que brinda su trabajo. Dicha asimetría de poder es compensada con una legislación protectora para la parte más débil, en este caso el trabajador; c) el trabajador no puede dispersar o diversificar sus riesgos financieros, de la misma forma como lo hacen el resto de los acreedores del empleador, pues su trabajo en la mayoría de casos es exclusivo para su empleador; d) la posición desventajosa del trabajador frente al resto de los acreedores, pues en estricto no puede garantizar su crédito de la misma forma, como lo haría una entidad financiera u otro agente económico (proveedores, clientes, locadores, etc.).

⁴²⁶ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem.p.160.

⁴²⁷ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Ibidem.p.161.

El Decreto Legislativo N° 856, referido al alcance y prioridades de los créditos laborales, artículo 1º, establece que constituyen créditos laborales las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicio, las indemnizaciones y en general los beneficios establecidos por ley que se adeudan a los trabajadores. La norma incluye también como crédito laboral a los aportes impagos tanto al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones como al Sistema Nacional de Pensiones, y a los intereses y gastos que tales conceptos pudieran devengarse.

El carácter persecutorio del crédito laboral encuentra su fundamento en⁴²⁸:

a) el carácter irrenunciable de los derechos laborales; esto es, la imposibilidad que tiene el trabajador de renunciar a sus derechos laborales como su crédito laboral, compuesto por las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicio, las indemnizaciones, los aportes al Seguro Nacional de Pensiones, Sistema de Pensiones Privadas, y en general los beneficios establecidos por ley para los trabajadores⁴²⁹; **b) al carácter preferente o prioritario del crédito laboral** dado su naturaleza alimentaria⁴³⁰. El privilegio de cobrar primero antes que el resto de acreedores, se debe básicamente al carácter alimentario que tiene su remuneración a la falta de garantías que tiene su crédito frente a otros.

⁴²⁸ Cfr, HUERTA RODRÍGUEZ, El carácter persecutorio de los créditos laborales, cit., p. 15.

⁴²⁹ Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 856

⁴³⁰ Cfr. ARÉVALO VELA, Javier, *Comentarios a la legislación laboral*, Cultural Cuzco, Lima, 1998, p. 192; Consagrado en el artículo 24º de la Constitución Política del Perú, y los artículos 24º y 42º de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, modificada por el Decreto Legislativo N° 1050.

EL CARÁCTER PERSECUTORIO DEL CRÉDITO LABORAL
Concepto.- El carácter persecutorio del crédito laboral es la facultad que tiene un acreedor laboral de perseguir los bienes de su empleador, estén en poder de quien estén y donde quiera que se encuentren, con el objetivo de satisfacer su crédito laboral impago y no garantizado.
Campos de aplicación.- Transferencias irregulares de activos fijos con terceros, habitualmente se observa en grupos de sociedades, sociedades vinculadas o controladas, sociedades interpuestas y testaferros.
Principios laborales asociados.- El principio de primacía de la realidad, solidaridad laboral, irrenunciabilidad de derechos laborales y protector del trabajador.
Instituciones asociadas.- El fraude a la ley, orden público, la buena fe, los actos propios y la solidaridad laboral.
Fundamento.- Evitar que se consume un fraude laboral, mediante la transferencia de activos fijos sin haber cancelado previamente una acreencia laboral, que tiene preferencia en el pago y naturaleza alimentaria.
Consecuencias.- Se deja sin efecto transferencias irregulares y recupera un activo fijo del empleador para hacer efectivo el pago de acreencia laboral con la ejecución judicial del mismo.

El carácter preferente o prioritario del crédito laboral aplicable al procedimiento concursal, medidas cautelares y procesos de ejecución sería inútil frente a las transferencias ilícitas, si no tuviera una garantía del carácter persecutorio que lo hace traspasar del terreno meramente formal al material. La prelación de los créditos atiende fundamentalmente al interés detrás del mismo por la sociedad, la protección del hijo alimentista, el trabajador o recaudación fiscal por ello priman en caso de concurso de acreedores en el fuero de ejecución de un crédito.⁴³¹

El carácter persecutorio de un crédito laboral implica la facultad de perseguir o ir a buscar las garantías del crédito laboral en dondequiera que esté y ante quien quiera que sea la persona que las detente⁴³² y será el nuevo propietario quien deberá hacerse cargo del crédito laboral sino quiere que se ejecute el bien que lo garantiza. De ahí que jurisprudencialmente se ha denominado a esta institución también como el principio de la despersonalización o impersonalización⁴³³ del crédito laboral.

⁴³¹ Artículo 24º de la Constitución del Perú y el artículo 42º de la Ley General del Sistema Concursal

⁴³² Cfr, DIEZ-PICAZO, Luis / GULLÓN, Antonio, *Sistemas de Derecho civil*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, Vol. III, p. 60.

⁴³³ Ejecutoria del tribunal del trabajo de la Libertad, Exp. N° 009-89-Q, Expedida el 31.07.89.

El carácter persecutorio del crédito laboral facultad al acreedor laboral a recuperar los bienes que su empleador hubiese transferido sin previamente haber satisfecho su crédito laboral.⁴³⁴ La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en el Expediente N° 851-2001-Lima estableció: “en lo concerniente al carácter preferente de los adeudos laborales, su naturaleza reposa en el hecho que la relación laboral genera una vinculación de tipo personal y además patrimonial entre el trabajador y el empleador. La primera está referida a las condiciones laborales mientras que la segunda, es una garantía que vincula el patrimonio del deudor al cumplimiento de las obligaciones convencionales y legales (...) Que, la acción persecutoria tienen por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues éstos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. No se trata de identificar quién o quienes ejercen actualmente la posesión de los bienes de la empresa originario, o si hay algún vínculo familiar o personal de los terceros adquirentes con el empleador; lo que se trata es de identificar los bienes, tener la certeza de que pertenecieron al empleador deudor y eventualmente, realizarlos.”

La jurisprudencia sobre el carácter persecutorio del crédito laboral en los últimos años se ha venido incrementando y ha dado lugar a dos tendencias bien definidas. La primera es la que no admite el carácter persecutorio del crédito laboral tomando como argumentos: a) la extensión de la responsabilidad patrimonial debe ser acordada por las partes o impuesta por la ley, b) Se afecta la autonomía de la persona jurídica y c) Al amparo de la separación del patrimonio de los miembros o socios de una persona jurídica y la misma.

La segunda tendencia es aquella que aplica el carácter persecutorio del crédito laboral y extiende responsabilidad laboral basada en el que a) el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador; b) El derecho a la tutela jurisdiccional no

⁴³⁴ Los supuestos para ejercitar este derecho están contenidos en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 856.

sólo implica el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso, sino también al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; c) La acción de persecutoriedad de los beneficios sociales reposa en el hecho de que la relación laboral genera una vinculación de tipo personal y además patrimonial entre el empleador y el trabajador, teniendo como finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues esto constituye la garantía para el pago de las acreencias laborales. Lo que se trata es identificar los bienes, tener la certeza que pertenecieron al empleador deudor y, eventualmente realizarlos no importando en poder de quienes estén.

En ese sentido, el caso de la aplicación del carácter persecutorio de los trabajadores de la Asociación Real Club de Lima resulta sumamente interesante puesto que ha dado lugar a fallos contradictorios como se observa en las Casaciones Nº 982-2001-Lima de fecha 09/10/2002 y Nº 932-2002- Lima de fecha 06/05/2005. Todo se inicia con un contrato de transferencia de acciones del Hotel Country Club S.A. suscrito por Asociación Real Club de Lima con Choi Ko Oro S.A. el 14.12.93, la que asumía íntegramente el pasivo de los beneficios sociales de los trabajadores del mencionado hotel según consta en la Cláusula Tercera, literal b del referido contrato. Ahora bien la primera interrogante que surge es porque en un contrato de transferencia de acciones aparece semejante obligación si lo que se está adquiriendo son acciones y no la administración del hotel.

La Asociación Real Club de Lima en ambos casos presenta un recurso extraordinario contra la sentencias de vista que le ordena pague solidariamente la Asociación Real Club de Lima, Hotel Country Club S.A. y Choy Ko Oro S.A. los beneficios sociales de los demandantes. El fundamento que utiliza la asociación es sostener que carece de legitimidad para obrar pues ya no es administradora del hotel ni detenta acciones del mismo. Asimismo manifiesta que se ha inaplicado de manera irregular el artículo 78º del Código Civil, el artículo 70º de la anterior “Ley General de Sociedades”, artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política del Perú, el artículo 1183º del Código Civil, artículo 4º del Título Preliminar de la misma norma,

artículo 2º inciso 24 literal “a” de la Constitución y el artículo 1362º del Código Civil.

Básicamente sus argumentos son los mismos que se respete la autonomía de la persona jurídica, la responsabilidad limitada de los accionistas y que las obligaciones solidarias se establecen de manera expresa por ley o pacto entre las partes. No obstante plantear la misma estrategia los resultados son distintos: a) en el año 2002 mediante la Casación Nº 982-2001-Lima no se le extiende la responsabilidad por el pago de los beneficios laborales de sus ex trabajadores por considerar que la solidaridad debe ser expresa; b) en el año 2005 mediante la Casación Nº 932-2002- Lima se le extiende la responsabilidad solidaria en aplicación del carácter persecutorio del crédito laboral. Este caso es relevante en la medida que se utiliza a la citada institución para extender la responsabilidad patrimonial por el pago de adeudos laborales de manera personal y no solo afectando bienes del ex empleador.

En nuestro concepto el carácter persecutorio del crédito laboral tiene la naturaleza de un gravamen sobre los bienes del ex empleador a favor de los trabajadores y que de manera directa se extiende a nivel de los propietarios de los medios de producción que transfirieron irregularmente sus activos así se observa en la Resolución Judicial del Exp. Nº 5064-99-BS-(A): “Que, estando a lo precedente expuesto es menester señalar que el Decreto Legislativo Nº 856 otorga a los trabajadores un derecho persecutorio sobre los bienes de la empresa (empleadora) estableciendo un gravamen sobre el patrimonio de esta que garantiza el pago de las acreencias laborales (...)”.

Más recientemente, la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Santa, en 26 de marzo de 2010, Exp. 2007-00664-0-2501-JR-LA-03, en que la “demandada ha transferido el bien inmueble donde laboró el actor de manera conciente y voluntaria, pese a las acreencias de carácter laboral que tenía frente a sus trabajadores; aunado a ello, en el curso del proceso no ha acreditado tener bienes libres de gravamen que puedan responder por el crédito laboral, no obstante el

requerimiento efectuado por el juzgado, de lo que se concluye, que las transferencias se han efectuado con el propósito de burlar los derechos de los trabajadores, y como la empleadora no posee bien alguno que pueda servir de garantía a las acreencias laborales, procede recurrir a los bienes transferidos a terceros, por el carácter persecutorio del crédito laboral.” Y agrega: “el adquirente conocía que en el bien inmueble materia de la transferencia venía funcionando un centro de trabajo y por ende existía créditos laborales con los trabajadores, como es el caso del actor; de modo que no puede alegar válidamente que es un tercer adquirente de buena fe en sentido estricto.” Finalmente, ordena que el último propietario la empresa CFG Investmet S.A.C. cumpla con pagarle al actor su crédito laboral, bajo apercibimiento de ejecutar el bien gravado.

Así, queda claro que el objeto del carácter persecutorio del crédito laboral es garantizar el cobro de los créditos laborales mediante la afectación de los medios de producción o activos fijos de la empresa que sólo pueden liberarse del gravamen si se ha cancelado previamente a la transferencia los créditos laborales pendientes de lo contrario se presume que la misma es simulada o fraudulenta. Veamos sino la Ejecutoria expedida en la Causa N° 5064-99-BS-(A) por la Segunda Sala Laboral nos ilustra al respecto de la siguiente forma: “(...) lo que es materia de controversia judicial en el caso de autos, es la calificación de que si los hechos que se invocan como materializados por la empleadora Clínica San Isidro S.A. constituyen o no simulación o fraude a la Ley, esto es, determinar si existió o no una transferencia de activos fijos a Clínica el Golf o si existió o no aportación de activos fijos para la constitución de Clínica el Golf”^{*}.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República ha manifestado “que en el Derecho laboral los beneficios sociales tienen carácter persecutorio e irrenunciable sobre los bienes del empleador así se encuentren en poder de terceras personas, por cuanto los créditos laborales

^{*} Ejecutoria expedida en la Causa N° 5064-99-BS-(A) por la Segunda Sala Laboral.

tienen orden de prioridad o de preferencia sobre cualquier otra obligación del empleador siendo perseguibles contra quienes lo usufructúen”*.

La Ejecutoria del Tribunal de Trabajo de la Libertad, Causa N° 009-89-Q del 31.07.89 añade que “por la regla de la despersonalización, se deben cumplir las garantías que la ley prevé contra las alteraciones en la estructura jurídica en la propiedad de la empresa, habida cuenta que la acción laboral apunta concretamente a alcanzar a la empresa, a pesar de estar dirigida formalmente contra la persona natural o jurídica que la explota. En este contexto, el Derecho Laboral da la posibilidad de ejecutar el juicio contra terceros (...) por el principio persecutorio de los derechos sociales.”

También por esa razón, la Sala Laboral de la Corte de Justicia del Santa, Exp. 2004-0065-2-2505-JM-LA-01, con fecha 18 de marzo del 2010, declare “fundado aplicar el principio de carácter persecutorio del crédito laboral del actor sobre el inmueble (...) que fue de propiedad de la ejecutada y en la actualidad ha sido transferido en propiedad a Bilga María Caldas Vásquez; en consecuencia , notifíquese a la mencionada persona, a fin de que cumpla con abonar al demandante los créditos laborales derivados del proceso laboral bajo apercibimiento de ejecución forzosa.”

Ahora bien el escenario de acción del carácter persecutorio del crédito laboral no se limita al ámbito del proceso judicial sino que se extiende a los procedimientos concursales en el ámbito administrativo puesto que los bienes de la empresa están afectos a los créditos laborales y no pueden transferirse sin antes cancelar los adeudos pendientes con los trabajadores. Recordemos que el Tribunal del INDECOPI mediante las Resoluciones N° 0555-2004/SCO-INDECOPI y N° 0556-2004/SCO-INDECOPI ha señalado que “la persecutoriedad del crédito laboral (...) se refiere básicamente a los casos en que el empleador transfiere activos fijos a

* Casación N° 936-97, del 12.05.99.

terceros con el fin de eludir el pago del crédito laboral otorgándole una naturaleza civil”.

Ya la Corte Suprema ha sostenido que los supuestos de persecutoriedad no pueden limitarse a los casos que aparecen establecidos en el Decreto Legislativo N° 856. En ese sentido ha inaplicado esta última disposición y dispuesto la aplicación del crédito persecutorio en otros supuestos tal como se observa en la Casación N° 2335-2003-Lambayeque:⁴³⁵ “El artículo 24º de la Constitución Política establece, que “el pago de la remuneración y los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del Empleador”. Es decir que dicha norma constitucional no establece ningún requisito o condición previa para que los trabajadores sean pagados de manera preferente a otros acreedores. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 856, en sus artículo 3º y 4º, establece condiciones no previstas por el Legislador constituyente, es decir el contenido del citado decreto legislativo resulta incompatible con lo normado por la Constitución.”

5.5. EL ESTADO COMO EMPLEADOR Y LA UTILIZACIÓN FRAUDULENDA DE LA PERSONA JURÍDICA

Las entidades del Estado con personería jurídica llámese Poder Judicial, Poder Ejecutivo, Legislativo, órganos constitucionales autónomos, ministerios, gobiernos regionales, gobiernos municipales y entidades públicas descentralizadas son personas jurídicas que responden a las necesidades y políticas del Estado Peruano que las controla. Lamentablemente, el Estado Peruano no ha sido un buen gestor de los derechos laborales en el sector público, y ha creado mecanismos jurídicos para eludir sus obligaciones como empleador, así podemos apreciarlo en los casos de aprovechamiento de los contratos de locación de servicios, servicios no personales y ahora los contratos de administrativos de servicios. La austeridad y ahorro de la caja fiscal, han traído como consecuencia al

⁴³⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge/ CUEVA VIEIRA, Eduardo, “Grupo de empresas, transmisión de empresas y persecutoriedad laboral ¿cuáles son sus alcances?”, en *Derecho & Sociedad*, N° 28, Lima, p. 33.

año 2008, existan bajo un régimen sin derechos laborales aproximadamente 100 mil trabajadores según cifras del propio Estado Peruano. El Estado Peruano alegando el régimen laboral especial de la persona jurídica pública esta defraudando derechos de sus trabajadores, como constataremos en el régimen del RECAS y en las empresas públicas, específicamente en el Grupo Distriluz.

Pensamos que principalmente el Poder Ejecutivo, viene aprovechándose de la personería jurídica de cada entidad estatal de su sector, para defraudar derechos laborales, por ejemplo resulta paradójico que el Ministerio de Trabajo no pueda realizar labores de inspecciones laborales en entidades públicas salvo las que tengan régimen privado conforme lo establece el artículo 4 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspecciones del Trabajo, y la Directiva Nacional N° 009-2008-MTPE/2/11.4. De esta manera, miles de trabajadores estatales quedan a su suerte, al no existir forma de controlar las prácticas fraudulentas de contratación de las Oficinas de Administración de las diferentes entidades que en aras cumplir las normas presupuestarias vigentes, justifican estas prácticas, así nacen los servicios no personales, los servicios de terceros y ahora los RECAS. Ironías en el destino del Ministerio de Trabajo, permiten que en su propio seno se implementen estas malas prácticas, tal y como se corrobora en el Registro de RECAS, y sus gastos por servicios de terceros, que encubren auténticas relaciones laborales.

En esa línea de pensamiento, sostenemos que los gobiernos han ejercido una utilización fraudulenta de las personas jurídicas estatales, cuando en unos casos les han recortado atribuciones de fiscalización laboral en el sector público o no les han dejado conquistar estas atribuciones (Ministerio de Trabajo), y en otros casos aún siendo conocida las malas prácticas estatales de contratación de personal, hacen muy poco para ponerlos coto, e incluso todo lo contrario las revisten de cierta legitimidad con la creación de franquesteins jurídicos como el discriminatorio RECAS o el extinto Servicios No Personales (SNP). Ahora bien, no debemos olvidar también que el Estado en su rol de empresario, a través de FONAFE, viene

ocasionalmente defraudando derechos laborales de los trabajadores, a través de mecanismos como simulación de tercerización o la utilización del personal de grupo de empresas sin reconocer los derechos laborales propios de este tipo de relaciones laborales, siendo nuevamente la justificación las normas de austeridad presupuestaria y la obsolescencia de los cuadros de asignación de personal.

5.5.1. LOS GRUPOS DE EMPRESAS DEL ESTADO Y LA DEFRAUDACION DE DERECHOS LABORALES

El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE es una empresa de Derecho Público adscrita al Sector Economía y Finanzas creada por la Ley N° 27170, que entró en vigencia el día 10.09.99, que nace como la Entidad encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado. Al momento de su creación, FONAFE asumió las funciones de la desaparecida Oficina de Instituciones y Organismos del Estado –OIOE. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 9º del Reglamento de la Ley N° 27170, aprobado mediante Decreto Supremo N°. 072-2000-EF, modificado mediante Decreto Supremo N°. 115-2004-EF, FONAFE cuenta con un Directorio conformado por seis miembros, todos ellos Ministros de Estado de los siguientes sectores: Economía y Finanzas; Transportes y Comunicaciones; Vivienda, Construcción y Saneamiento; Energía y Minas; el Ministro a cuyo sector esté adscrito PROINVERSIÓN; y, Presidencia del Consejo de Ministros. Sin embargo, dado que PROINVERSION se encuentra adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas, en la práctica el Directorio de FONAFE está compuesto por cinco Ministros de Estado, quienes tienen entre sus facultades principales, las siguientes: a) ejercer la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas las empresas (creadas o por crearse) en las que participa el Estado y administrar los recursos provenientes de dicha titularidad; b) aprobar el presupuesto consolidado de las empresas en las que FONAFE tiene participación mayoritaria, en el marco de las normas presupuestales correspondientes; c) aprobar las normas de gestión en dichas empresas; d) designar a los

representantes ante la Junta General de Accionistas de las empresas en las que tiene participación mayoritaria. Bajo el ámbito de FONAFE se encuentran únicamente las empresas que cuentan con participación mayoritaria del Estado, sea que dichas empresas se encuentren activas o en proceso de liquidación. Asimismo, se encuentran bajo su ámbito las empresas que le han sido entregadas por encargo.

EMPRESAS DEL ESTADO BAJO LA ADMINISTRACION DE FONAFE					
Electricidad	Financieras	Hidrocarburos y Remediación	Infraestructura y Transporte	Saneamiento	Otros servicios
18	03	02	05	01	05
Destacan: -Grupo Distriluz (04) -Electroperu -Electrosur	Destacan: - Banco de la Nación - COFIDE -Mi Vivienda	Destacan: -Perupetro	Destacan: -Banmat -Corpac -Sima Perú -Enapu	Destacan: -Sedapal	Destacan: -Editora Perú -Enaco -Serpost

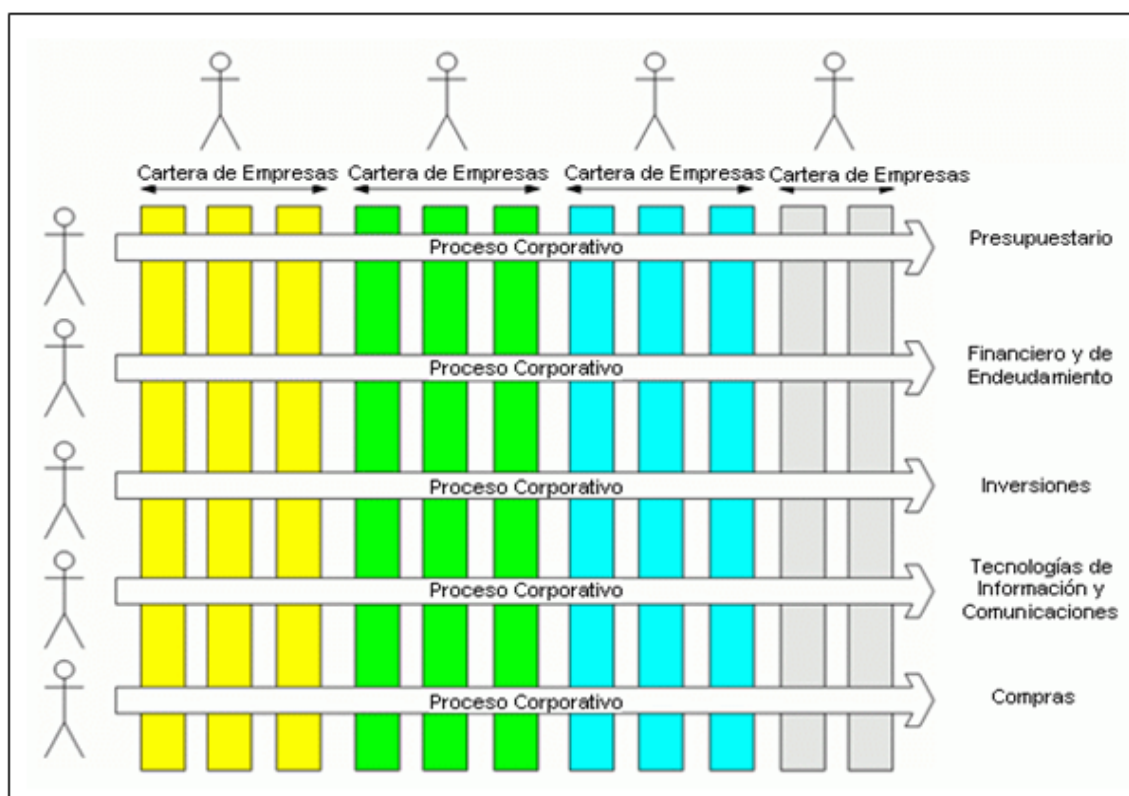
* Petroperu, creada por Decreto Ley 17753, no se encuentra en el ámbito de FONAFE.

Con la finalidad de generar una mejor gestión de las empresas, FONAFE ha considerado el fortalecimiento del holding empresarial y la estructura organizacional de tal modo que permita soportar una gestión corporativa matricial, esto es: **a) Gestión Corporativa de Carteras de Empresas:** esto es el manejo de grupos de empresas con similares giros de negocios o envergadura de operación, a cargo de un Responsable Corporativo de Cartera de FONAFE. El objeto de la gestión por carteras consiste en la definición de estrategias de negocio que generen sinergias corporativas a las empresas de una cartera específica, como por ejemplo, la implementación de mejores prácticas, obtención de beneficios de escala, entre otras; **b) Gestión Corporativa de Procesos:** esto es el manejo transversal de los principales procesos de negocio comunes en las empresas, a cargo de un Responsable Corporativo de Proceso de FONAFE. El objeto de la gestión corporativa de procesos consiste en la definición de estrategias de negocio que generen sinergias corporativas a nivel de un proceso específico pero de todas las empresas bajo el ámbito de FONAFE.⁴³⁶ En este sentido, y con la finalidad de fortalecer la gestión corporativa matricial de

⁴³⁶ En: <http://www.fonafe.gob.pe/portal?accion=c&t=13&i=104&n=1&o=104&m=2> , (Portal de Fonafe).

FONAFE, mediante Acuerdo de Directorio No 004-2007/009-FONAFE, se aprobó la **“Directiva de Gestión Corporativa de Redes de Negocios para las Empresas bajo el ámbito del FONAFE”** la cual crea estructuras de trabajo colaborativas denominadas “redes de negocio”.

Cada “Red de Negocio de Cartera de Empresas” está integrada por los gerentes generales de las empresas miembros de dicha cartera y liderada por el Responsable Corporativo de Cartera de FONAFE. Asimismo, cada “Red de Negocios de Proceso Transversal” está integrada por los gerentes del proceso específico al interior de cada empresa – o por quien haga sus veces – y liderada por el Responsable Corporativo de Proceso de FONAFE.

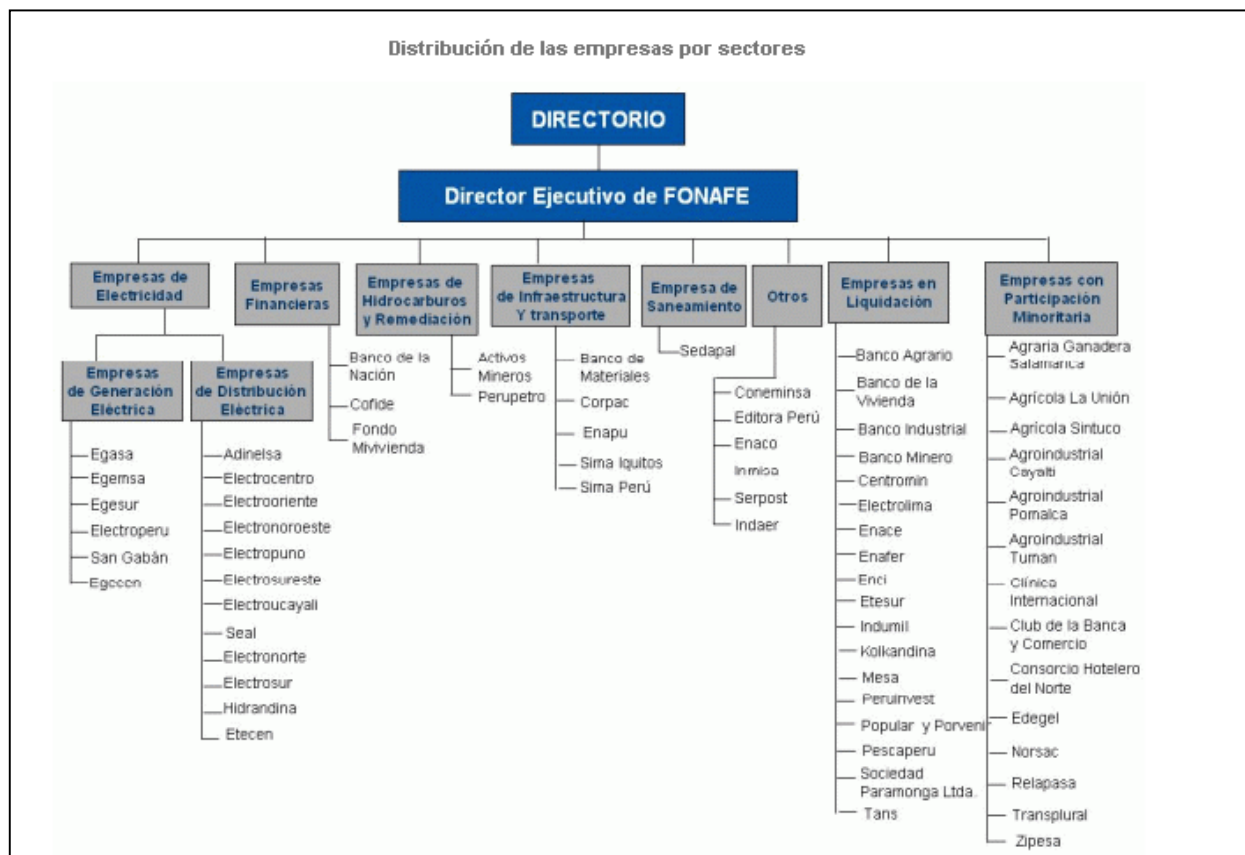


Fuente: FONAFE (2009)

REDES DE NEGOCIO DE CARTERAS	
Empresas de Generación Eléctrica:	ELECTROPERU, EGEMSA, EGESUR, SAN GABÁN y EGASA
Empresas de Distribución Eléctrica:	ELECTROSURESTE, ELECTROPUNO, SEAL, ELECTROSUR, ELECTRONORTE, ELECTRONOROESTE,

Empresas Financieras:	COFIDE, FONDO MIVIVIENDA, BANCO NACIÓN, AGROBANCO y BANCO DE MATERIALES
Empresas de Infraestructura no Eléctrica:	CORPAC, ENAPU, SEDAPAL, y SERPOST.
Empresas de Infraestructura no Eléctrica Empresas Diversas:	SIMA PERÚ, SIMA IQUITOS, EDITORA PERÚ, ENACO, PERUPETRO, ACTIVOS MINEROS, EGECEEN, ETECEN, INMISA, CONEMINSA e INDAER

Fuente: Acuerdo de Directorio N° 004-2007/009-FONAFE



• Objetivos Estratégicos de FONAFE 2009-2013

OBJETIVOS ESTRATEGICOS GENERALES Y ESPECIFICOS

Objetivos Estratégicos Generales	Objetivos Estratégicos Específicos
Generar Valor mediante la gestión eficiente de las Empresas del Holding y Encargos.	Lograr el cumplimiento de las metas de los planes operativos de las empresas del Holding.
	Incrementar la rentabilidad de las empresas del Holding.
	Optimizar la Aplicación de Recursos y Procesos.
	Gestionar Eficientemente la Administración de las carteras del MEF.
	Agilizar el proceso de Liquidación de Empresas.
Fortalecer la Actividad Empresarial del Estado.	Mejorar el Marco Legal de la Actividad Empresarial del Estado.
	Contar con Lineamientos Estratégicos en la Gestión de cada Empresa Pública del Estado.
	Fortalecer las Relaciones Externas y de Comunicación.
Fortalecer la Imagen de la Corporación FONAFE.	Posicionar la Imagen Corporativa del Holding.
	Consolidar la Integración del Holding.
Reforzar los Valores, la Comunicación y el Desarrollo del Personal.	Fortalecer la comunicación y coordinación interna.
	Reforzar el desarrollo personal y profesional a mediano y largo plazo.
	Difundir y fortalecer los valores de FONAFE.
Promover la transparencia en la gestión de las Empresas del Holding y Encargos.	Difundir a la ciudadanía a través de mecanismos diversos la gestión de las empresas del Holding y Encargos.

Fuente: Plan Estratégico Institucional de FONAFE 2009-2013

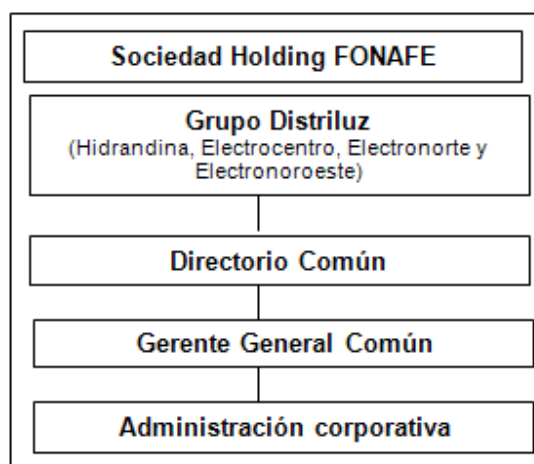
Uno de los grupos económicos más grandes del Perú, es sin duda el holding FONAFE, lamentablemente pese a ser un ente estatal, no esta velando por el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores, y la alta especialización en la gestión administrativa, solo se concentra en maximizar la rentabilidad de las empresas, no siendo el sinceramiento de las relaciones laborales en el holding una preocupación conforme se aprecia del Plan Estratégico Institucional de FONAFE 2009-2013. Dicha política se traduce en directivas corporativas que prohíben tácitamente el sinceramiento de las relaciones laborales y fuerzan a las administraciones de las empresas controladas a recurrir a la intermediación laboral, la tercerización y la locación de servicios para actividades permanentes. Asimismo, pese a existir una contingencia laboral evidente producida por la desnaturalización de contratos no existe política corporativa que establezca un plan de regularización de dicha situación ni de una actualización de los cuadros de asignación de personal y todo lo contrario en las ocasiones en que las empresas controladas (como el Grupo Distriluz) han puesto el tema en agenda de FONAFE, este ha sido sistemáticamente pospuesto. En la práctica, si este

panorama no cambia podemos aseverar que estamos ante la presencia de una utilización fraudulenta de la persona jurídica pues la sociedad holding impide el cumplimiento de las normas laborales de las sociedades controladas en perjuicio de los trabajadores y personal con contratos desnaturalizados. Una muestra de buena voluntad de FONAFE y de convertir a sus empresas en símbolos de responsabilidad social sería programar visitas periódicas a sus instalaciones de inspectores de trabajo y cumplir sus recomendaciones.

Ahora bien, es interesante constatar como dentro del propia sociedad holding FONAFE, existe empresas del Estado que funcionan como Grupos Empresariales este es el caso del Grupo Distriluz que se autodefine como “un grupo de empresas que genera y distribuye energía eléctrica con presencia en 12 de 24 departamentos del Perú, estamos ubicados geográficamente en: Piura (Electronoroeste S.A.), Chiclayo (Electronorte S.A), Trujillo (Hidrandina S.A.) y Huancayo (Electrocentro S.A.)”⁴³⁷ y cuyas empresas cuenta con una administración común esto es: los mismos directores,⁴³⁸ gerentes y accionistas mayoritarios (FONAFE) así como la misma sede corporativa y una única Gerencia de Administración y Finanzas, dando lugar en la práctica a la existencia de personal de la sede corporativa a cargo de labores de la administración común y personal que labora en cada empresa pero que puede ser trasladado a otra según las necesidades del grupo empresarial, en este caso también resulta evidente que al beneficiarse de las labores de estos trabajadores y funcionar el Grupo Distriluz como empleador de los mismos, deben responder solidariamente por las obligaciones laborales los miembros de este grupo.

⁴³⁷ Ver página web: www.distriluz.com.pe/

⁴³⁸ Resolución de Dirección Ejecutiva N° 022-2005/DE-FONAFE, en su artículo 4º, establece: *“todos los Directores de las empresas –Grupo Distriluz- estarán integradas por las mismas personas y sesionarán de manera corporativa. Los miembros de tales Directores sólo percibirán el pago de dietas de la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Nor Medio S.A. - Hidrandina S.A., desempeñando sus funciones en las demás empresas ad-honorem, de conformidad con el Acuerdo 002-2004/004-FONAFE, de 12 de marzo de 2004.”*



Ahora bien la existencia de un grupo implica una sede corporativa y acuerdos entre las sociedades para distribución de los costos de la gestión corporativas así como el uso compartido de conocimiento, personal y bienes.⁴³⁹ Ello es justamente lo que se aprecia en el Grupo Distriluz, donde se observan las mencionadas características y se aprecia en el ámbito de personal la siguiente realidad: **a) Personal de la sede corporativa**, que si bien físicamente se encuentran en Lima pueden ser destacados para trabajos puntuales a las áreas de influencia de las empresas del grupo; **b) Personal de la sociedad miembro**; que ordinariamente trabaja en las áreas de influencia de una de las empresas regionales pero puede ser trasladado si se requiere a la sede corporativa o a otra empresa del grupo donde se requiera su expertos. Se observa entonces una rotación o circulación del personal según las necesidades del grupo empresarial, ocurriendo lo mismo con los equipos mobiliarios como vehículos, lap top, teléfonos, etc o servicios de terceros mediante intermediación o tercerización para servicios de asesoría legal, contable o de informática que terminan desnaturalizándose ante la presencia de la subordinación y el *ius variendi*. Asimismo, se observan compras y adquisiciones efectuadas de manera corporativa como si se tratara de una única unidad económica en donde el personal de las cuatro empresas interviene en el comité de selección.

⁴³⁹Cfr, Acuerdo N° 001-2005-FONAFE/003, Aprobación de la Directiva para la Formulación, Suscripción, Seguimiento y Evaluación de los Convenios de Gestión de las Empresas bajo el ámbito del FONAFE, publicada con fecha 30.03.05

Ámbito de Influencia del Grupo Distriluz



La utilización fraudulenta del Grupo Distriluz se configura cuando debido a las normas de prohibición de contratar personal subordinado por FONAFE⁴⁴⁰ se contrata personal bajo locación de servicios, intermediación laboral y tercerización para puestos permanentes y subordinados, tal como las inspecciones laborales del Ministerio de Trabajo han constatado⁴⁴¹, y se le rota a las diferentes empresas o el trabajador es destacado a la sede corporativa en donde resuelve asuntos técnicos de las cuatro empresas piénsese en el Jefe Corporativo de Comunicaciones, Informática, Comercial o Legal, o su asistente, secretaria o asesor a tiempo completo. En estos casos el Grupo Distriluz pretende desvincularse del crédito laboral y beneficios pendientes manifestando que es

⁴⁴⁰ Cfr, Ley N° 28034, Ley que dicta Medidas Complementarias de Austeridad y racionalidad en el Gasto Público; Decreto de Urgencia N° 003-2005 Dicta disposiciones destinadas a la reestructuración de niveles salariales en entidades y organismos dentro del ámbito del poder ejecutivo, entidades de tratamiento empresarial y empresas sujetas al FONAFE, publicada con fecha 20.01.05; Decreto Supremo N° 220-2007-EF, Medidas de Austeridad, Racionalidad y Disciplina presupuestaria a aplicarse durante el año fiscal 2008 para las empresas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado.

⁴⁴¹ Cfr, Acta de Infracción del Expediente 611-2007-GR-CAJ-DRTPE/DPSC; Exp. 310-2007-GR-CAJ-DRTPE/DPSC; Resolución Directoral 011-2008-GR-CAJ-DRTPE/DPSC

personal de una empresa de intermediación o de tercerización. Empero, en los casos en que el contrato de locación de servicios se suscribió con el grupo, se alega que solo trabajo y beneficio a una de las empresas y solicita se excluya al resto, pues quien le pagaba era Hidrandina S.A. que según el Convenio de Gestión del Grupo Distriluz asume los gastos de personal. El problema es complejo pues la admisión de un trabajador del grupo como tal, generaría en el trabajador el derecho a las utilidades⁴⁴² de las cuatro empresas y otros beneficios conexos como los derivados de convenios colectivos, el carácter persecutorio del crédito laboral, o los derivados del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

443

En los hechos como se observa en las inspecciones laborales y procesos judiciales el Grupo Distriluz alega la personería jurídica independiente de sus miembros o utiliza a un tercero (empresa de intermediación o tercerización) para ocultar la relación laboral, ambas estrategias típicas de situaciones de fraude a través de la persona jurídica, que serán vencidas a través del principio de primacía de la realidad y la solidaridad laboral devenida de su condición de trabajador del grupo. Lamentablemente, al Grupo Distriluz, no basta con vencerlo en juicio pues aprovechándose de sus vinculaciones con entes del Estado como PROINVERSION ha conseguido que se declare la intangibilidad de sus activos desde octubre del 2006 progresivamente hasta diciembre del 2010, y usualmente utiliza este mecanismo para mantener impagos a sus acreedores laborales así como a otras entidades del Estado este es el caso de las contribuciones reembolsables que tiene pendiente con el Gobierno Regional de Tumbes o las multas impagas a favor de OSINEGMIN.

⁴⁴² Participan en las utilidades los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada de aquellas empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría. Cfr, artículo 29º de la Constitución, Decreto Legislativo 677; Decreto Legislativo 892; Decreto Supremo 009-98-TR; Ley 27564.

⁴⁴³ Cfr, Ley 26790; Decreto Supremo 009-97-SA y Decreto Supremo 003-98-SA.

PRIMERA AMPLIACIÓN DEL RÉGIMEN DE INTANGIBILIDAD DE ACTIVOS DEL GRUPO DISTRILUZ

Dejan sin efecto la inclusión en los alcances del D.L. N° 25604 de empresas del Estado del subsector eléctrico comprendidas en proceso de promoción de la inversión privada

Acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN de la Sesión N° 156 de fecha 18 de octubre de 2006

"CONSIDERANDO:

Que, el Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 674, modificado por las Leyes N°s. 27750 y 28488, ha creado a PROINVERSIÓN encargada de diseñar y concluir el proceso de promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado, como organismo rector máximo;

Que, el Decreto Ley N° 25604 determina la intangibilidad de los activos de propiedad de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, que hayan sido declaradas en liquidación o comprendidas formalmente en el proceso de promoción de la inversión privada;

Que, por diversos acuerdos de la COPRI se aprobó la inclusión de las empresas del Estado correspondientes al subsector eléctrico comprendidas dentro del proceso de promoción de la inversión privada a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674, en los alcances del Decreto Ley N° 25604;

Que, mediante Oficios N°s. 079 y 126-2006-OSINERG-PRES de fechas 15 de mayo y 29 de setiembre de 2006, respectivamente, el Presidente del Consejo Directivo de OSINERG expresa su preocupación respecto de

las consecuencias que viene originando la inclusión de diversas empresas concesionarias de distribución eléctrica dentro de los alcances del Decreto Ley N° 25604;

Que, en base a lo dispuesto por el Artículo 60° de la Constitución Política del Perú, la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal;

Que, resulta necesario dejar sin efecto, en forma progresiva, el mencionado régimen excepcional al cual están sujetas las empresas de la actividad empresarial del Estado comprendidas en el ámbito del Decreto Legislativo N° 674;

Que, asimismo, fueron analizados los alcances de lo dispuesto en los Acuerdos COPRI N° 207-98 de fecha 24 de julio de 1998 y N° 363-01-2001 de fecha 16 de noviembre de 2001, y el Acuerdo PROINVERSIÓN N° 80-09-2004 de fecha 12 de agosto de 2004, los cuales disponen que las empresas Electro Centro S.A., Electro Norte S.A., Hidrandina S.A. y Electro Noroeste S.A., continúan sujetas al régimen de la actividad privada, sin más limitaciones que las que dispusiera FONAFE, y siempre que no se opusieran a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 674, normas complementarias y reglamentarias;

SE ACUERDA:

1. Dejar sin efecto la inclusión dentro de los alcances del Decreto Ley N° 25604, a las empresas del Estado correspondientes al subsector eléctrico comprendidas dentro del proceso de promoción de la inversión privada a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674.

2. Dejar sin efecto el Acuerdo COPRI N° 363-01-2001 de fecha 16 de noviembre de 2001 y el Acuerdo PROINVERSIÓN N° 80-09-2004 de fecha 12 de agosto de 2004, en cuya virtud, las empresas Electro Centro S.A., Electro Norte S.A., Hidrandina S.A. y Electro Noroeste S.A., quedaron sujetas al régimen de la actividad privada.

3. Que el presente acuerdo entre en vigencia a partir del 1 de enero de 2007.

4. Disponer la publicación del presente acuerdo en el Diario Oficial El Peruano."

RENE CORNEJO
Director Ejecutivo
PROINVERSIÓN

EMPRESAS DEL GRUPO DISTRILUZ	MULTAS IMPAGAS A OSINERGMIN DEL PERIODO 2005-2008
Hidrandina	46
Electronorte	47
Electrocentro	52
Enosa	38

Fuente: OSINERGMIN. Oficio N° 1451-2009-OS-OAF

Posteriormente la vigencia de este acuerdo se viene ampliando desde el 2006,⁴⁴⁴ y últimamente mediante Acuerdo adoptado en el Consejo Directivo de

⁴⁴⁴ Cfr, Acuerdo PROINVERSIÓN N° 156-05-2006 de fecha 18 de octubre de 2006, prorrogado mediante Acuerdo PROINVERSIÓN N° 161-04-2006 de fecha 19 de diciembre de 2006, Acuerdo PROINVERSIÓN N° 212-01-2007 de fecha 18 de diciembre de 2007 y Acuerdo PROINVERSIÓN N° 240-01-2008 de fecha 24 de junio de 2008, la cual queda fijada para el 01 de enero de 2010.

PROINVERSIÓN en su Sesión N° 261 de fecha 05 de diciembre de 2008 se amplió hasta diciembre del 2010 y manifiesta que las empresas conformantes del Grupo Distriluz deberán recurrir al mercado de capitales para conseguir mayores recursos a mejores condiciones a fin de afianzar la viabilidad de las empresas en el largo plazo con la aplicación de recursos frescos para componer una estructura financiera coherente con su patrimonio.

Pero recordemos a la norma madre de este acuerdo, el Decreto Ley N° 25604,⁴⁴⁵ emitido en plena autocracia de Alberto Fujimori Fujimori, en julio de 1992, y cuyo Artículo 1 señalaba “no serán susceptibles de embargos preventivos ni de cualquier otra medida cautelar, sin excepción, los bienes incluyendo acciones, participaciones y derechos, que sean de propiedad o que estén en posesión de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado y que hayan sido o sean: a) declaradas en liquidación; b) comprendidas en el proceso de promoción de la inversión privada, bajo la modalidad que se refiere el literal d) de Artículo 2 del Decreto Ley N° 674, aunque esta modalidad concorra con otra, o c) comprendidas en este último proceso bajo otra modalidad, en los casos en que la Comisión de Promoción de la Inversión Privada COPRI lo acuerde de manera expresa. En aplicación de ello, el Juez o el Tribunal Arbitral, de ser el caso, a petición de cualesquiera de las partes en los procesos contra las empresas a que se refiere dicho artículo, ordenará el inmediato levantamiento de cualquier medida cautelar trabada en la actualidad sobre los bienes de las empresas a que se refiere esta norma, tales como embargos preventivos, anotaciones de demandas y otras. Asimismo, se abstendrán de llevar a efecto tales medidas, en el caso que éstas hayan sido ordenadas pero aún no trabadas.”⁴⁴⁶ Y agregaba, suspéndase el trámite de los procedimientos judiciales o arbitrales destinados a la ejecución de garantías reales, embargos definitivos o cualquier otra medida judicial definitiva, constituidos o trabados sobre los bienes de las empresas públicas. El Comité

⁴⁴⁵ “Determinan intangibilidad de los activos de propiedad de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, que hayan sido declaradas en liquidación o comprendidas formalmente en el proceso de privatización.”

⁴⁴⁶ Artículo 2° del Decreto Ley N° 25604

Especial o la Junta Liquidadora de la empresa respectiva, están facultados a llevar adelante la venta del bien sujeto a la garantía o medida judicial antes referidas, libremente, sin intervención del Juez o del Tribunal Arbitral, en su caso, que conoce la causa respectiva. El producto que se obtenga de la venta de estos bienes, se destinará bajo responsabilidad del Comité Especial o de la Junta Liquidadora, en primer lugar, al pago de los créditos amparados por la garantía o medida judicial respectiva, hasta el límite de los mismos, salvo que de las normas generales que regulan el pago de acreencias, resulte otra cosa.⁴⁴⁷

La norma que sigue aplicando PROINVERSION en beneficio del Grupo Distriluz, y en perjuicio de los trabajadores impagos es abiertamente inconstitucional para ellos puesto que posteriormente se aprobaría la Constitución Política del Perú de 1993, normas sobre reestructuración empresarial y la vigente Ley General del Sistema Concursal, en las cuales no existe mención a la vigencia del Decreto Ley N° 25604, habiéndose producido una derogación tacita en el ámbito del procedimiento concursal. Empero, en el caso de las medidas de ejecución forzada o medidas cautelares por créditos laborales estas podrían recaer sin ningún problema en el patrimonio del Grupo Distriluz, al amparo del artículo 24° de la Constitución que establece la prioridad en el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador sobre cualquiera otra obligación del empleador. A ello agreguemos lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto Legislativo 856, según el cual “los créditos laborales (...) tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de este se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados. Si estos no alcanzaran el pago se efectuará a prorrata. El privilegio se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de tales obligaciones.” Y en además agrega en su Primera Disposición Final Deróguese las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley, con lo que se habría producido una derogación tacita del Decreto Ley N° 25604 para efectos laborales. En ese orden de ideas, el Acuerdo de PROINVERSIÓN de su Sesión N° 261 sobre la ampliación del

⁴⁴⁷ Artículo 3° del Decreto Ley N° 25604

beneficio de intangibilidad de los bienes del Grupo Distriluz es inoponible a los acreedores laborales debido a que la norma en que se basa ha sido derogada en el ámbito laboral. Adicionalmente debe considerarse que mediante Sentencia del Tribunal Constitucional, STC N° 022-96-I/TC, establece que sólo son inembargables los bienes del Estado de dominio público.

Dejamos constancia que la desigualdad a favor del Estado⁴⁴⁸ no solo se observa en el tratamiento de los créditos laborales a nivel de grupos de empresas del Estado y el RECAS sino en los casos de intermediación laboral en donde se exonera de responsabilidad solidaria y carta fianza a la entidad estatal en el supuesto de que la empresa de intermediación no cancele el crédito laboral del trabajador.⁴⁴⁹ Esta norma vulnera el derecho al cobro prioritario y preferencial del crédito laboral y resulta manifiestamente inconstitucional al contravenir el artículo 24º de la Constitución del Perú.

5.5.2. LAS INSPECCIONES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO COMO MECANISMO PARA EVITAR FRAUDES LABORALES

Actualmente, la **Directiva Nacional N° 009-2008-MTPE/2/11.4**, Directiva Nacional sobre criterios a tener en cuenta para el desarrollo de la función inspectiva en las entidades de la administración pública, señala que se entienden como personas jurídicas públicas, las señaladas en el artículo I del título I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, tales como: el Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados, incluyendo los programas y proyectos que de ellos dependen; el Poder Legislativo; el Poder Judicial; los gobiernos regionales, los gobiernos locales, los organismos a los que la Constitución Política del Perú, y las leyes les confieren autonomía; y demás entidades y organismos,

⁴⁴⁸ Toyama Miyagusku, Jorge. Instituciones de Derecho Laboral. Gaceta Jurídica. Lima-Perú. 2005. p.298

⁴⁴⁹ Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo 003-2002-TR, señala que “los organismos públicos se rigen específicamente por las normas especiales de presupuesto y las de contrataciones y adquisiciones del Estado, por lo que no resultan aplicables las disposiciones sobre fianza y solidaridad.”

proyectos y programas del Estado, cuya actividad se realicen en virtud de potestades administrativas, y personas jurídicas de derecho público que presten servicios públicos o ejerzan funciones administrativas, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado.

Sin embargo, esta directiva establece que el ámbito de actuación de la inspección del trabajo respecto a los trabajadores que laboran en alguna entidad de la administración pública, se extiende a todos solamente a los trabajadores que están sujetos al régimen de la actividad privada; “careciendo de competencia cuando los trabajadores se encuentren dentro del régimen laboral de la actividad pública, establecido por el Decreto Legislativo N° 276,”⁴⁵⁰ incluso aunque la transgresión de sus derechos laborales más elementales estén siendo mellados como beneficios sociales, discriminación laboral, acoso sexual o normas de seguridad ocupacional, los inspectores deberán hacer oídos sordos y cerrar sus ojos fiscalizadores a tamaños atropellos.

Pero hay más, pues la directiva cierra todo camino de denuncia administrativa ante el Ministerio de Trabajo para los trabajadores estatales con regímenes especiales, y dice: “ En el caso de los trabajadores que se encuentran dentro del régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado por el Decreto Legislativo No 1057, que se encuentra regulada como una modalidad especial de contratación propia del derecho administrativo y privativa del Estado, que genera sus propios derechos y obligaciones en relación al personal que abarca, conlleva a que no se encuentre dentro del ámbito de competencia de la inspección del trabajo, al tener criterios de regulación distintos a los del régimen de la actividad privada.”⁴⁵¹ Y remata la esperanza del trabajador público que se aferraba a su competencia hundiéndolo en las profundidades del desamparo de su indiferencia de la siguiente forma: “cualquier supuesto de desnaturalización que se alegue del régimen de Contratación Administrativa de Servicios deberá ser

⁴⁵⁰ Punto 6.2 de la Directiva Nacional N° 009-2008-MTPE/2/11.4

⁴⁵¹ Punto 6.3 de la Directiva Nacional N° 009-2008-MTPE/2/11.4

regulado a través de la Dirección General de Administración u órgano que haga sus veces de cada entidad como instancia única”⁴⁵², esto es se admite que quien creó el fraude laboral sea quien lo resuelva en instancia final, toda una paradoja. Finalmente, se agrega: “en caso de persistir el reclamo acudir a la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo, conforme lo dispone el artículo 16º y 16º del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.” Resulta abiertamente discriminatorio este régimen de solución de controversias laborales, pues aquí, el propio empleador termina siendo el que resuelve el reclamo del trabajador público, y a la postre se constituye en una mera instancia de trámite, antes de ser dirigidos a una instancia judicial menos protectora y especializada en materia laboral como la contenciosa administrativa, cerrándoseles todo camino para llegar al fuero laboral históricamente especialmente diseñado para resolver conflictos entre trabajadores y empleadores, incluso últimamente modernizado.

Por otra parte, “en el caso de las empresas que pertenezcan a la actividad empresarial del Estado, las cuales no se encuentran comprendidas bajo el ámbito del régimen de contratación de servicios, pero que sin embargo rigen sus procedimientos de contratación por normas civiles y administrativas, éstas últimas a través del régimen de contratación y adquisiciones del Estado, (...), se basan también en regímenes especiales de contratación, razón por la cual siguiendo una referencia análoga a la establecida en el punto 6.4., por un criterio de especialidad normativa deberán regular cualquier reclamación a través de las normas propias del procedimiento contencioso administrativo.” Esto es la propia autoridad laboral abdica de su espíritu protector del trabajador, y contrario a los principios del derecho peruano, aplica la analogía en perjuicio del administrado, esto es restringiéndole su derecho a acudir a la vía administrativa del Ministerio de Trabajo, resultando desde luego un exceso la fijación de la jurisdicción judicial por vía administrativa, y toda una paradoja, que para ese señalamiento, si se considere competente y autorizado la autoridad de trabajo.

⁴⁵² Punto 6.4 de la Directiva Nacional N° 009-2008-MTPE/2/11.4

Consultado el Director Nacional de Inspección de Trabajo, Guillermo Bustamante Irigoin, como parte de esta investigación sobre las actuaciones inspectivas en las empresas del Estado administradas por FONAFE,⁴⁵³ este manifestó que: “de acuerdo al artículo 4º de la Ley N° 28806, Ley General de Inspecciones del Trabajo, la actuación de la inspección del Trabajo se extiende a todos los sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas sociolaborales, ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y que se ejerce en las empresas, los centros de trabajo y en, general, los lugares en que se ejecute la prestación laboral, aun cuando el empleador sea del sector público o de empresas pertenecientes al ámbito de la actividad empresarial del Estado, siempre y cuando estén sujetos al régimen de la actividad privada.”⁴⁵⁴ Y agrega: “por tanto, queda expresamente estipulado **que la función inspectiva del sector se circunscribe a la actuación de los empleadores que mantienen vínculo laboral con trabajadores del régimen laboral de la actividad privada (sean entidades públicas o privadas) y, por ende, los alcances de dicha actuación solamente comprenderá a los trabajadores bajo este régimen laboral**, excluyéndose de ésta a los demás regímenes contractuales regulados por sus normas especiales (tal como sucede con el caso de los servidores sujetos al régimen laboral de la actividad pública, los profesionales regidos por la ley de su carrera, los contratados bajo los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado o cualquier otra modalidad contractual civil).”⁴⁵⁵

Así, el Ministerio de Trabajo se encuentra impedido de inspeccionar entidades públicas a cabalidad bajo el argumento que los trabajadores públicos bajo régimen del Decreto Legislativo N° 276, el régimen del RECAS, los servicios de terceros o los locadores de servicios, se encuentran fuera de su ámbito de competencia. Y ello no tiene ningún sustento técnico, si se tiene en consideración que se admite inspecciones para el personal público bajo el régimen del Decreto Legislativo N°

⁴⁵³ Carta del Instituto IDLADS PERÚ de fecha 24.08.09

⁴⁵⁴ Oficio N° 040-2010-MTPE/2/11.4 de fecha 07.01.10 suscrito por el Director Nacional de Inspección de Trabajo, Guillermo Bustamante Irigoin.

⁴⁵⁵ Ibidem

728, y al contrario este hecho constituye un acto de discriminación evidente, en la medida que se deja en desamparo una clase de trabajadores de manera arbitraria. No concebimos que la autoridad de trabajo a nivel nacional no pueda ser competente para resolver los problemas laborales del sector público, cuando históricamente ese fue parte de su rol, recuérdese nada más, la época reciente del Estado Empresario o los orígenes del propio sector, y se observara con claridad, lo injusta de esta exclusión. Las razones de esta exclusión sostenemos se relacionan con la vieja práctica del Estado en no reconocer relaciones laborales públicas por la vía administrativa sino en instancia judicial, luego de tortuosos procesos judiciales. Ciertamente, estamos de acuerdo en la necesidad de uniformizar los regímenes laborales existentes en el sector público, y de implantar la meritocracia en la carrera pública, pero pensamos que ello debe ir acompañado de la consagración del Ministerio de Trabajo como autoridad administrativa para resolver conflictos en el desarrollo de las relaciones laborales públicas indistintamente del régimen laboral al que este sujeto el trabajador.

CAPITULO VI
CONSTATACION DE LA HIPOTESIS DE LA TESIS
LA NECESIDAD DE SANCIONAR LA UTILIZACION FRAUDULENTE DE LA
PERSONA JURÍDICA EN EL AMBITO LABORAL

La utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito laboral ha sido una de las formas más frecuentes a las que se ha recurrido para defraudar acreencias laborales en el país. Empero, lo verdaderamente grave de este acto ilícito es que afecta los más elementales derechos del trabajador y especialmente el cobro oportuno de su crédito laboral, cuyas características alimentaria y de subsistencia lo hacen una de las acreencias más protegidas por nuestro ordenamiento jurídico. Una prueba de ello es el carácter persecutorio del mismo y la solidaridad laboral, empero los años han demostrado que estos mecanismos de garantía de cobro del crédito laboral son insuficientes para disuadir conductas fraudulentas como la descrita. Las razones saltan a la vista, pues como resultado de la persecución de los bienes, la aplicación del principio de primacía de la realidad o la solidaridad laboral, el empleador paga en forma tardía sus beneficios sociales a los trabajadores, más eventualmente intereses legales y compensatorios.

¿Los intereses legales compensan en verdaderamente todo el padecimiento del trabajador por que se le haga justicia para lo cual debe superar un litigio legal de varios años, pasar eventualmente por la ejecución forzada y la aflicción que produce la demora de la justicia en el país? ¿Quién esta en mejor capacidad de afrontar un litigio? ¿Quien ha venido trabajando todos esos años el dinero que debió destinarse a los beneficios sociales del trabajador? ¿Quién pudo evitar este engorroso proceso desde el inicio? ¿Cuántos trabajadores defraudados reclamaran sus beneficios sociales judicialmente? A nuestro criterio el empleador defraudador tiene un panorama a todas luces favorable, que incentiva las prácticas de utilización fraudulenta de la persona jurídica para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Y ello es así, debido a que el empleador vencido, finalmente pagara lo que debió pagar hace años oportunamente, más

ínfimos intereses legales, muy por debajo de la tasa anual bancaria de un depósito a plazo fijo de cualquier banco del país.

Evidentemente, si el trabajador hubiera recibido su asignación familiar, gratificaciones, compensación por tiempo de servicio, vacaciones, utilidades o beneficios de los convenios colectivos, hubiera tenido una mejor calidad de vida, no sólo el sino su familia, esto es existe probabilísticamente la posibilidad de que se halla alimentado mejor, él y su familia, accedido a educación, desarrollado mayores actividades recreativas, compartido más tiempo con su familia, ahorrado para metas familiares de corto plazo, etc. En cambio, al habersele negado su condición de trabajador del grupo empresarial o la empresa para la cual presta efectivamente servicios, ello puede genera un daño en el desarrollo personal y familiar pues al contar con menores recursos puede ello alterar su proyecto de vida y la calidad de vida de su familia. Ahora, el mantener un crédito laboral impago como la compensación por tiempo de servicio, vacaciones truncas, vacaciones no gozadas o gratificaciones impagas, luego de finalizada la relación laboral, ello puede generar un daño moral en el trabajador, traducida en la aflicción producida por el desempleo y el desamparo, en un país donde no existe un seguro de desempleo como el Perú.

El Artículo 1333º del Código Civil manifiesta que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora exista: a) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente: b) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla; c) Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación; d) Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor. Asimismo, el artículo 1334 del Código Civil establece en obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Finalmente, el artículo 1336 del Código Civil señala que el deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. En ese sentido, nada impide que los trabajadores víctimas de maniobras fraudulentas de empleadores puedan solicitar el pago de daños y perjuicios por la mora del empleador, independientemente de los intereses legales generados y el pago de lo adeudado por beneficios sociales.

Sostenemos que así como el ordenamiento jurídico proscribe y sanciona el despido arbitrario con una indemnización tasada por ley, por considerarla un acto execrable y lesivo al trabajador. Lo propio debe ocurrir con las maniobras fraudulentas planificadas por el empleador dolosamente para reducir costos laborales de manera ilícita, mejor dicho, encaminada a incumplir de plano con los derechos laborales. El aliciente es que lo peor que le puede ocurrir es que sea vencido en juicio y tenga que pagar aquello que en su momento no abono pero más intereses legales, lo cual sigue resultando más conveniente, pues es una compensación ridícula, frente a los intereses que le aplican los bancos por los créditos que solicitan o por las moras que debe pagar por pago tardío.

Ninguna de las normas aplicables a los casos de la utilización fraudulenta de la persona jurídica al ámbito laboral están encaminadas a desalentar estas conductas ilícitas, sino tan solo al reconocimiento de la relación laboral, y la restitución de sus beneficios laborales con los intereses legales correspondientes. Urge por ello la consagración de una indemnización a favor del trabajador que penalice patrimonialmente al empleador por la maniobra fraudulenta, y tenga una función disuasiva para con el empleador e indemnizatoria con respecto al trabajador. Nuestra propuesta sería la aplicación de reglas similares a las que se aplica a los casos de despido arbitrario, esto es un sueldo y medio por año, hasta un tope de doce sueldos, sin embargo, la prescripción de esta acción sería el mismo plazo aplicado para el ejercicio de las acciones laborales (04 años) y esto por una razón muy sencilla, la gravedad de la conducta ilícita lo justifica además

de la dificultad probatoria. Este plazo resulta razonable si se tiene en cuenta que ordinariamente una acción de responsabilidad civil contractual tiene un plazo de prescripción de 10 años.

Actualmente, el trabajador podría aventurarse a demandar por el daño ocasionado por la conducta fraudulenta del empleador basado en las reglas de la responsabilidad civil contractual, al amparo del factor de atribución subjetivo del dolo de incumplir abiertamente un contrato, y en instancia civil, probar el daño emergente, lucro cesante, daño moral e incluso un daño a la persona. Empero, pensamos que el trabajo complejo asumido por el trabajador para probar cada uno de estos daños resulta engorroso y siendo habitualmente la parte con menores recursos se enfrenta en desigualdad de condiciones a la empresa, que cuenta con abogados especializados para hacer frente a estos procesos judiciales. En ese sentido, consideramos más adecuado la consagración de una norma que sancione y asigne una indemnización a favor del trabajador cuando el empleador ha perpetrado maniobras fraudulentas encaminadas a defraudar créditos laborales.

Ahora bien, existirá responsabilidad solidaria por la mencionada indemnización entre la persona jurídica a la cual efectivamente presto servicios el trabajador y la empresa que formalmente lo contrato así como el controlante causante del ardid, sea persona natural (administrador de hecho) o persona jurídica (sociedad holding), frente a los cuales también podrá ser aplicable el carácter persecutorio del crédito laboral, pues esta es una indemnización que forma parte del mencionada acreencia. El juez laboral que debería resolver el tema, al igual como ocurre en la indemnización por despido arbitrario, sería el juez laboral que conoce el caso principal referido al pago de beneficios sociales.

LA INSPECCION LABORAL Y EL FRAUDE LABORAL

Otra alternativa bien si se comprueba el ocultamiento de una relación laboral a través de la utilización fraudulenta de una persona jurídica respecto al controlante, que rehuía su condición de empleador o coempleador, se podrían haber

configurado las siguientes infracciones administrativas graves en el ámbito de relaciones laborales:

1. No registrar trabajadores en las planillas de pago o en registros que las sustituyan, o no registrar trabajadores y prestadores de servicios en el registro de trabajadores y prestadores de servicios, en el plazo y con los requisitos previstos, incurriéndose en una infracción por cada trabajador o prestador de servicio afectado.⁴⁵⁶
2. No pagar u otorgar íntegra y oportunamente las remuneraciones y los beneficios laborales a los que tienen derecho los trabajadores por todo concepto, incluidos los establecidos por convenios colectivos, laudos arbitrales, así como la reducción de los mismos en fraude a la ley.⁴⁵⁷
3. No depositar íntegra y oportunamente la compensación por tiempo de servicios.⁴⁵⁸
4. No contratar la póliza de seguro de vida, no mantenerla vigente o no pagar oportunamente la prima, a favor de los trabajadores con derecho a éste, incurriéndose en una infracción por cada trabajador afectado.⁴⁵⁹
5. El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la contratación a plazo determinado, cualquiera que sea la denominación de los contratos, su desnaturalización, su uso fraudulento, y su uso para violar el principio de no discriminación.⁴⁶⁰

Nótese como es considerada una conducta antijurídica y por tanto reprochable y merecedora de una sanción la conducta abierta descarada de no pagar íntegra y oportunamente un crédito laboral así como el ocultamiento de las relaciones laborales. Empero, con mayor razón una conducta dolosamente planificada para

⁴⁵⁶ Artículo 24.1. del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

⁴⁵⁷ Artículo 24.4. del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

⁴⁵⁸ Artículo 24.5. del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

⁴⁵⁹ Artículo 24.12. del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

⁴⁶⁰ Artículo 25.5. del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

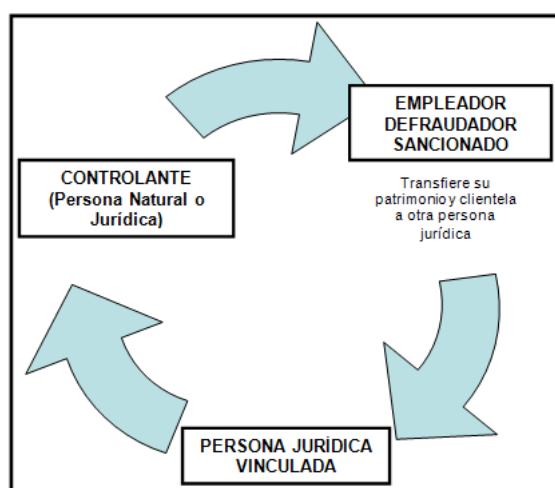
burlar créditos laborales mediante la utilización fraudulenta de la persona jurídica merecería ser tipificada como una infracción, sobre todo teniendo en cuenta su alta frecuencia y ser una maniobra históricamente bien conocida como lo atestigua Serick.⁴⁶¹

Ahora una de las cuestiones aún no resueltas en nuestro ordenamiento jurídico nacional como se observo en el caso de las empresas explotadoras de tragamonedas y su estrategia de cambio de razón social para neutralizar los procedimientos sancionadores. Lo propio puede ocurrir en el caso de una empleador reincidente que haya sido sancionado varias veces y adicionalmente tenga pendiente reponer trabajadores y pagar los beneficios sociales adeudados, que le resulte más conveniente, crear una nueva persona jurídica o traspasar sus clientes y activos más importantes a una sociedad vinculada y controlada por los accionistas o socios de la sociedad sancionada. Formalmente, la empresa sancionada es la que ha sido vaciada de contenido patrimonial y de cartera de clientes, en donde la reposición es imposible jurídico al carecer de actividad económica y el cobro de la multa, una utopía al haberse transferido los principales activos a un supuesto tercero de buena fe. Este es pues un caso de utilización fraudulenta de la persona jurídica, lamentablemente bastante frecuente, frente al cual nuestro ordenamiento jurídico no ha respondido adecuadamente.

Planteamos, que si se comprueba este tipo de maniobras fraudulentas, el controlante o administrador de hecho de la persona jurídica, tanto de la sociedad vaciada de contenido económico como la que ayudo a la comisión del fraude a la ley se han responsabilizados por los daños y perjuicios ocasionados pero lo más importante se considere como una unidad económica, ambas personas jurídicas, para efectos laborales, y se repondrá al trabajador en la nueva estructura empresarial, en un puesto que sea acorde con sus conocimientos técnico-profesionales y el mismo nivel al que venía ocupando.

⁴⁶¹Cfr, SERICK, Rolf. Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. Ediciones Ariel.Barcelona- España.1958.

El actual vacío en el tratamiento de las transferencias continuas, de una persona jurídica a otra y utilización de testaferros insolventes que fungen de representantes o directivos de la empresa, están haciendo que la elusión de sanciones de autoridades administrativas (trabajo, tributaria, municipal, Indecopi, Osinergmin, etc.) sea cada vez más frecuente y ello viene ocasionando un efecto colateral al diseminarse el patrimonio de los acreedores laborales. En otras palabras, las constantes mudanzas de razón social, circulación de clientes y patrimonio de una sociedad a otra, están dejando desprotegido al acreedor laboral. Ciertamente, en mérito al carácter persecutorio del crédito laboral el trabajador podría perseguir los bienes en poder de quien estén, sin embargo, el trabajador no es un agente pudiente de recursos que pueda hacer largas investigaciones y por otra parte, existen empresas cuyo patrimonio fijo es casi inexistente, pues su verdadero valor son intangibles como la cartera de clientes y el conocimiento profesional de quienes laboran en ella, este es el caso de las consultoras ambientales o los estudios jurídicos. El carácter persecutorio del crédito laboral no es la panacea ni tabla de salvación del trabajador en caso de fraudes a través de la persona jurídica cuyas redes pueden ser tan complejas y costosas de descubrir que se justificaría disuadir estas conductas con sanciones ejemplares.



En ese sentido, se propone incluir en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, una infracción específica para los casos en que se

constate la utilización fraudulenta de la persona jurídica para defraudar derechos laborales o evadir el cumplimiento de sanciones impuestas por la autoridad de trabajo. La sanción para que alcance eficacia y sea realmente disuasiva debe alcanzar a los controlantes que ocasionaron el fraude y las personas jurídicas y naturales que colaboraron con el ilícito administrativo. Todo ello previa investigación exhaustiva del área de inspecciones laborales del Ministerio de Trabajo y en colaboración con entidades estatales expertas en descubrir vinculaciones económicas como son la Autoridad Tributaria (SUNAT) y la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de la Superintendencia de Banca y Seguros.

CALCULO DE SANCIONES POR INFRACCIONES LABORALES

INFRACCIÓN	BASE DE CÁLCULO	Número de trabajadores afectados						
		1-10	11-20	21-50	51-80	81-110	111-140	141 a+
LEVES	1 a 5 UIT	5-10%	11-15%	16-20%	21-40%	41-50%	51-80%	81-100%
GRAVES	6 a 10 UIT	5-10%	11-15%	16-20%	21-40%	41-50%	51-80%	81-100%
MUY GRAVES	11 a 20 UIT	5-10%	11-15%	16-20%	21-40%	41-50%	51-80%	81-100%

Fuente: Artículo 48.1 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo

EL DELITO DEL FRAUDE DE LA LEY LABORAL

Por otra parte, no existe ninguna figura penal que sancione en forma expresa al controlante de facto de una sociedad o un grupo de empresas, lo que convierte al sistema jurídico nacional en el campo ideal, para la proliferación de conductas antijurídicas mediante la interposición de sociedades y hombres de paja. Ello es así por que el Código Penal sólo sanciona de manera expresa a los fundadores, gerentes, directores, administradores, liquidadores o representantes del ente asociativo como se observa en los delitos de administración fraudulenta de la persona jurídica o el delito contra el sistema crediticio,⁴⁶² dejando aparentemente fuera del ámbito de ambas normas al controlante que no reúne las características exigidas por el tipo penal pero que sin embargo es el verdadero dueño del negocio, o mejor dicho el titiritero que domina a la persona jurídica y sus órganos como fue el caso de Fernando Zevallos Gonzales.

⁴⁶²Cfr. BRAMOT- ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Santa Rosa. Lima- Perú. 2000. p. 333.



Recordemos que “el fundamento de esta protección penal se encuentra en el propio carácter de las normas laborales como normas que requieren de un sistema reforzado de sanciones para prevenir su ineficacia.”⁴⁶³ En ese sentido, la OIT admite la posibilidad de recurrir al Derecho Penal para sancionar ciertas conductas lesivas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, tal como ocurre cuando recomienda reprimir penalmente a los que exijan trabajo forzado u obligatorio (artículo 25º del Convenio N° 29, sobre trabajo forzoso) y a los que exploten el trabajo infantil (artículo 7º del Convenio N° 182, sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil).⁴⁶⁴

La utilización fraudulenta de la persona jurídica perfectamente puede ser tipificado como un delito societario al ser un comportamiento antijurídico y culpable que se

⁴⁶³ Arévalo Vela, Javier. La protección penal de la libertad sindical. En: Revista Laborem N° 09/2009. SPDTSS. Lima Perú. 2010.p.217.

⁴⁶⁴ Ibidem.

realiza abusando del poder que se tiene sobre una persona jurídica, sea directa o indirectamente, con el fin de perjudicar al Estado, los trabajadores, acreedores comunes y la propia comunidad. En la actualidad la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito penal puede ser combatida parcialmente por los siguientes delitos societarios:

Fraude en la Administración de Personas Jurídicas

Art. 198 del Código Penal.- *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del Directorio o del Consejo de Administración o del Consejo de Vigilancia, gerente, administrador o liquidador de la persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:*

- 1.) Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando balances, reflejando u omitiendo en los mismos, beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.*
- 2.) Proporcionando datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.*
- 3.) Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.*
- 4.) Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito*
- 5.) Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.*
- 6.) Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.*
- 7.) Asumir préstamos para la persona jurídica.*
- 8.) Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.**

El tipo penal es diáfano, y ha sido muy bien analizado por la doctrina nacional, por lo que prescindiremos de su análisis integro, y centraremos nuestra atención en los supuestos vinculados a la defraudación de créditos laborales mediante la

utilización de una persona jurídica. El inciso 8 del Artículo 198 del Código Penal referido a ***usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica***, pueden incluirse casos de titularidades aparentes o estarse ante la presencia de testaferros o fantoches que hacen las veces de directivos, que en dicha condición sirven a un tercero (administrador de hecho) y no a los intereses de la sociedad.⁴⁶⁵ De esta forma los directivos títeres obedecen las pautas e instrucciones del administrador de hecho de la sociedad, que puede ser una persona natural u otra persona jurídica, y dispone del patrimonio social en beneficio de su agente dominador. Igualmente pertinente es el supuesto del vaciamiento de la empresa o traspaso irregular del fondo empresarial en beneficio propio, de un tercero o de una sociedad constituida o preconstituida. En cualquier caso, estos supuestos podrían implicar situaciones en fraude a la ley si además se burla normas de orden público o imperativas, por ejemplo del derecho de familia, de sucesiones o laborales. Ciertamente es, que para que se configure éste delito deberá existir perjuicio efectivo, porque así lo reclama el tipo penal y el principio de lesividad.⁴⁶⁶

Existe la opción también de buscar la aplicación del artículo 168º del Código Penal, Delito contra la libertad de trabajo y asociación:

"Artículo 168.- Será reprimido con pena privativa de libertad **no mayor de dos años** el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:

1. Integrar o no un sindicato.
2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.
3. Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad. La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que

⁴⁶⁵ Como venimos sosteniendo en esta investigación, el poder, control o disposición real sobre los bienes, en la economía del S. XXI ha superado en los hechos al otrora omnipotente derecho de propiedad.

⁴⁶⁶ Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales."

Se puede entender efectivamente que mediante la utilización fraudulenta de la persona jurídica se puede incumplir resoluciones consentidas o ejecutoriadas, esto es a fin de no reponer trabajadores ni pagar beneficios sociales, transfiero la cartera de clientes y principales activos a una empresa vinculada, burlando el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes. Peor aún, cierro la empresa y la llevo a un procedimiento concursal y hago imposible formalmente el cumplimiento de las resoluciones. Lo cierto es que la pena es tan baja y la jurisprudencia sobre el tema tan escasa que dudamos de la efectividad de este delito. Reconocemos que realmente la norma no esta concebida para sancionar casos de fraude por la utilización fraudulenta de la persona jurídica por lo que nos parece más apropiado promover una norma específica para este supuesto.

Situación cuantitativa de los procesos por delito de violación de la libertad de trabajo en los juzgados penales para reos libres del Distrito Judicial de Lima

Nº	JUZGADO	2003	2004	2005	TOTAL
1	SEGUNDO	1	3	1	5
2	QUINTO	3	2	2	7
3	SEXTO	3	7	3	13
4	OCTAVO	4	6	3	13
5	NOVENO	2	0	3	5
6	DECIMO PRIMER	2	5	1	8
7	DECIMO SEGUNDO	2	2	3	7
8	DECIMO CUARTO	4	1	2	7
9	DECIMO QUINTO	3	2	2	7
10	DECIMO SEPTIMO	2	1	4	7
11	VIGESIMO	4	2	3	9
12	VIGESIMO PRIMER	3	3	3	9
13	VIGESIMO TERCER	0	1	1	2
14	VIGESIMO QUINTO	0	2	2	4
15	VIGESIMO SEXTO	1	4	0	5
16	VIGESIMO SEPTIMO	2	4	1	7
17	VIGESIMO NOVENO	2	2	1	5
18	TRIGESIMO	2	2	0	4
19	TRIGESIMO PRIMER	2	2	3	7
20	TRIGESIMO TERCER	2	1	3	6
21	TRIGESIMO QUINTO	2	1	0	3
22	TRIGESIMO SEXTO	1	1	0	2
23	TRIGESIMO SEPTIMO	2	2	4	8
24	TRIGESIMO NOVENO	1	2	3	6
25	CUADRAGESIMO	2	2	1	5
26	CUADRAGESIMO PRIMER	1	1	2	4
27	CUADRAGESIMO SEGUNDO	0	1	2	3
28	CUADRAGESIMO TERCER	0	2	7	9
29	CUADRAGESIMO SEPTIMO	0	3	1	4
	TOTAL	53	67	61	181

Fuente: Javier, Arévalo Vela. La criminalización en el ámbito de las relaciones laborales. Tesis de Magister en Derecho. UNMSM. Lima-Perú. 2008. p.73.

Situación cualitativa y cuantitativa por modalidad de los procesos por delito de violación de la libertad de trabajo en el Distrito Judicial de Lima

MODALIDAD	N	%
INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES CONSENTIDAS DICTADAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE	176	97.24%
TRABAJO EN CONDICIONES PELIGROSAS	1	0.55%
ACCIONES PARA CAUSAR LA INSOLVENCIA DE LA EMPRESA	2	1.10%
IMPEDIMENTO DE TRANSITO EN LUGAR DEL TRABAJO	1	0.55%
INCUMPLIMIENTO DE DEPOSITOS DE CTS Y PAGO DE APORTES DE AFP	1	0.55%
TOTAL	181	100.00%

Fuente: Javier, Arévalo Vela. La criminalización en el ámbito de las relaciones laborales (2003-2005). Tesis de Magister en Derecho. UNMSM. Lima-Perú. 2008. p.74.

Situación cualitativa y cuantitativa de los sujetos activos del delito de violación de la libertad de trabajo.

SUJETO ACTIVO	N	%
REPRESENTANTE DEL EMPLEADOR PERSONA JURIDICA	160	88.40%
FUNCIONARIOS MUNICIPALES	12	6.63%
PERSONA NATURAL	8	4.42%
NO TIENE CALIDAD DE EMPLEADOR	1	0.55%
TOTAL	181	100.00%

Fuente: Javier, Arévalo Vela. La criminalización en el ámbito de las relaciones laborales (2003-2005). Tesis de Magister en Derecho. UNMSM. Lima-Perú. 2008. p.74.

Situación cualitativa y cuantitativa de los sujetos pasivos del delito de violación de la libertad de trabajo

SUJETO PASIVO	N	%
TRABAJADOR CON VINCULO LABORAL TERMINADO	176	97.24%
PERSONA SIN VINCULO LABORAL CON EL DEMANDADO	1	0.55%
TRABAJADOR CESANTE	4	2.21%
TOTAL	181	100.00%

Fuente: Javier, Arévalo Vela. La criminalización en el ámbito de las relaciones laborales (2003-2005). Tesis de Magister en Derecho. UNMSM. Lima-Perú. 2008. p.74.

Arévalo Vela, bien sostiene por ello que “en el Perú no existe una adecuada protección de los derechos fundamentales en el trabajo, debido a que no se ha efectuado una criminalización primaria o existe una defectuosa tipificación como delitos de las conductas lesivas a estos derechos, en razón a que el Estado no

muestra interés por perfeccionar la legislación penal para sancionar las conductas contrarias a los derechos antes mencionados.” Adicionalmente, agrega que ha comprobado que cuando se ha dictada sentencia condenatoria la misma nunca ha sido una pena privativa de la libertad efectiva.⁴⁶⁷

Consideramos que para la mejor protección de los derechos laborales e incluso el tráfico comercial, debería incorporarse un delito especial que sancione al controlante,⁴⁶⁸ y a la persona jurídica, superando las paradojas de la teoría de las consecuencias accesorias. En ese sentido, se aborda esta problemática en la “Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada y la Corrupción”⁴⁶⁹, que señala en su artículo 10º numerales 2, 3 y 4: “(...) la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables (...).”

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)⁴⁷⁰ establece en su artículo 12 numeral 2 inciso b y f que se los Estados deben promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado. Asimismo señala que los Estados deben velar por que las empresas privadas,

⁴⁶⁷ Arévalo Vela, Javier. La criminalización en el ámbito de las relaciones laborales. Tesis de Magister en Derecho. UNMSM. Lima-Perú. 2008. p.74.

⁴⁶⁸ Cfr. KENT J., Jorge- Figueroa. Grupos y Delitos Económicos. En Martorell, Eduardo. Los Grupos Económicos y de sociedades. Ad-Hoc. Bs. As.2000. p. 398 y ss.

⁴⁶⁹ Aprobada por Resolución Legislativa 27527, ratificado por Decreto Supremo 088-2001-RE, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15.11.2000, Res. A/RES/55/25.

⁴⁷⁰ Aprobada por Resolución Legislativa 28357 y ratificada el 16.10.2004.

dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación. Empero, lo más interesante es que en su artículo 26º, vuelve a reiterar, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables. Y no sólo ello, sino lo más importante es lo manifestado en su artículo 34º: “Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.” Digamos también que la responsabilidad penal de la persona jurídica es una situación plenamente aceptada en países como Noruega, Japón, Corea, Serbia, Holanda, Dinamarca, Suecia, Portugal y Francia por citar solo unos ejemplos.⁴⁷¹

Amnistía Internacional nos recuerda que “si las actividades comerciales proporcionan empleo a millones de personas, diversas prácticas comerciales que se aplican a diario pueden tener un efecto negativo sobre los derechos humanos. Las empresas pueden violar los derechos humanos con sus prácticas de empleo, o por la forma en que sus procesos de producción repercuten en los trabajadores, las comunidades y el medio ambiente. Las empresas también pueden estar implicadas en abusos por su asociación con autoridades políticas o gobiernos

⁴⁷¹ Guerra Cerrón, Jesús María. El Levantamiento del velo societario y los derechos y deberes y responsabilidad de la Sociedad Anónima. Tesis de Doctor. UNMSM. Lima- Perú. p.181

represivos. Al someterse a examen las actividades de las empresas transnacionales, muchas de ellas empezaron a adoptar códigos de conducta en las décadas de 1980 y 1990, y el emergente movimiento sobre la responsabilidad social de las empresas produjo un sinnúmero de códigos voluntarios. Sin embargo, los códigos de conducta voluntarios, si bien una señal positiva de compromiso empresarial, no han resultado ser suficientes. Muchos de estos códigos son sumamente imprecisos en lo que respecta a compromisos de derechos humanos.”⁴⁷² Así, tenemos que muchas empresas transnacionales, vía descentralización productiva, encargan la producción de sus principales insumos o productos finales, a subsidiarias o terceros, ubicados estratégicamente en países con altos índices de pobreza, quienes brindan condiciones laborales infrahumanas o simplemente evaden el cumplimiento de normas laborales básicas y de seguridad ocupacional y medio ambiente. En la práctica la sociedad controlante conoce esta situación o pudo conocerla con la normal diligencia, pero no hace nada para corregirla pues en esas condiciones abarata costos sin transgredir directamente normas laborales o medioambientales. Sostenemos la necesidad de consolidar normas internacionales para empresas transnacionales tendientes a resguardar derechos humanos de trabajadores, poblaciones locales, consumidores y medio ambiente.

Las normas de Derechos Humanos de la ONU para las empresas establecen entre sus obligaciones generales que *“los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando por que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos. Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover, asegurar que se disfruten, respetar, hacer respetar y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho*

⁴⁷² Amnistía Internacional. Las normas de Derechos Humanos de la ONU para las empresas, hacia la responsabilidad legal. Madrid. España.2004. p. 9.

internacional y en la legislación nacional, así como los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables.” La norma reconoce el control implícito que las empresas transnacionales tienen sobre empresas vinculadas y subsidiarias, y las exhorta a velar por que se haga respetar los derechos humanos en las mismas, esto es las hace responsable de supervisar las condiciones laborales, sociales y medioambientales en que sus unidades de producción descentralizadas desarrollan sus actividades vía tercerización de servicios. En ese contexto, la utilización fraudulenta de la persona jurídica esta implícitamente proscrita por “las normas de Derechos Humanos de la ONU para las empresas”, ya que no sería posible valerse de la subjetividad de una empresa subsidiaria para eludir el cumplimiento de obligaciones laborales. Empero, el estadio actual de la responsabilidad de las empresas transnacionales por el desempeño de empresas controladas, es incipiente, las propias normas de la ONU sobre el tema, son meras recomendaciones y no tienen el carácter de tratados. Así las cosas, sólo quedará recurrir a la legislación del país origen de la empresa transnacional o al de la empresa subsidiaria que produjo el daño, siendo la primera opción, muy costosa y lejana para los perjudicados, que la mayoría de veces se resignaran a seguir la vía interna cuyas normas son más permisivas y elaboradas de cara a la búsqueda de mayores inversiones extranjeras. Empero, existe la obligación de los Estados de crear legislación que proteja a los trabajadores de maniobras fraudulentas de los empleadores que justificarían la aprobación de una norma penal que las sancione.

EL DELITO DE LA UTILIZACION FRAUDULENTA DE LA PERSONA JURIDICA

Propuesta de texto legal

Artículo 197-B del Código Penal.- “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años aquel que aprovechando sus vinculaciones jurídicas, económicas, financieras, familiares, fiduciarias o de otro cualquier otro tipo sobre una o varias personas jurídicas, las utilice con la finalidad de evadir el cumplimiento de sus obligaciones laborales, previsionales, tributarias u otras obligaciones derivadas de procesos constitucionales, penales o civiles. Asimismo, será un agravante el utilizar a una persona jurídica como mecanismo

para evadir el cumplimiento de sanciones impuestas por la autoridad administrativa o judicial. En cualquiera de los casos antes descritos se inhabilitara al controlante para el ejercicio, directo o indirecto, del comercio o cualquier actividad relacionada con la administración o formación de una persona jurídica hasta por cinco años según la gravedad del delito cometido.

Los derechos adquiridos utilizando personas jurídicas de manera fraudulenta serán dejados sin efecto o revocados. Los beneficios económicos obtenidos ilícitamente a favor de la persona jurídica serán incautados y formaran parte de un fondo destinado a la reparación civil a favor de las víctimas del delito y a la restauración de los bienes lesionados por el mismo. En los casos en que el agente sea declarado reo contumaz y exista evidencia que el mismo utilizó a la persona jurídica como medio para cometer el delito podrá el juez penal continuar el proceso penal en lo que se refiere a la reparación civil de las víctimas y condenar a la persona jurídica a que resarza a las víctimas por el daño causado por su órgano de representación, controlante o administrador de hecho; y en última instancia, proceder a la disolución del ente colectivo según la gravedad del delito.”

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.- Es un delito pluriofensivo que lesiona la a) el orden público; b) el patrimonio de la sociedad; c) la buena fe, y d) el derecho a un crédito, especialmente al que tiene un contenido alimentario como el laboral.⁴⁷³

TIPICIDAD OBJETIVA

SUJETO ACTIVO: Administrador(es) de hecho o controlante(s) de la persona jurídica o del grupo. Tendrá el status o calidad de controlante quien tenga dominio del destino de la persona jurídica y patrimonio sea directa o indirectamente. En suma, quien detente el control interno o externo de la persona jurídica. Es quien tiene el dominio consciente de la situación económica, jurídica y financiera de la sociedad, y tiene además la facultad, de facto o de derecho, de determinar la

⁴⁷³Cfr. MAZUELOS COELLO, Julio. El derecho de crédito como objeto de protección penal. En: Ángeles, Fernando-Frisancho, Manuel-Rosas, Jorge. Ob. Cit. p.243/255.

voluntad de una persona jurídica. Esto implicara por un lado el poder de una(s) persona(s) de controlar a la sociedad; y un estado de sumisión, sujeción o dependencia, del lado de la sociedad controlada y sus administradores.⁴⁷⁴ Esta relación por lo regular será duradera y estará dotada de tal intensidad que impondrá conductas económicas, aun en contra de la voluntad de la sociedad controlada⁴⁷⁵. Resulta importante también mencionar que esta capacidad de mando o dirección, en la cual se sostiene esta relación de autoridad- obediencia se basa fundamentalmente en los lazos o vínculos jurídicos, económicos, financieros, familiares, fiduciarios o de relaciones de confianza que se entablan entre el controlante y la(s) sociedad(es) controlada(s).

SUJETO PASIVO: El Estado, los trabajadores, los acreedores de la sociedad, los acreedores del controlante y de manera excepcional la(s) propia(s) persona(s) jurídica(s) involucrada(s).

ACCIÓN TÍPICA: Es la conducta del controlante o administrador de hecho que aprovechando sus vinculaciones jurídicas, económicas, financieras, familiares, fiduciarias o de otro cualquier otro tipo sobre una o varias personas jurídicas, las utilice con la finalidad de evadir el cumplimiento de sus obligaciones laborales, previsionales, tributarias u otras obligaciones derivadas de procesos constitucionales, penales o civiles. Seguramente tendrá cómplices (primarios o secundarios) a los que según nuestro ordenamiento penal podría aplicársele la misma pena que el autor según la gravedad de su colaboración. Se justifica plenamente el agravante por utilizar a una persona jurídica como mecanismo para evadir el cumplimiento de sanciones impuestas por la autoridad administrativa o judicial pues pone coto a una situación inadmisibile para nuestro ordenamiento jurídico. En cualquiera de los casos corresponde la pena accesoria de inhabilitación del controlante para el ejercicio, directo o indirecto, del comercio o

⁴⁷⁴ El ordenamiento norteamericano define al control en la sec. 240.12.b-2.f de la Securities Exchange Comisión Act, “como la posesión, directa o indirecta, del poder de dirigir o hacer dirigir la gestión y la política empresarial mediante la titularidad de acciones (...) o de otra forma”.

⁴⁷⁵ Cfr. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial. Tomo III. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima. 2000. p.98

cualquier actividad relacionada con la administración o formación de una persona jurídica hasta por cinco años según la gravedad pues guarda relación estrecha con la comisión del delito. La norma penal promoverá mayor responsabilidad en los controlantes y administradores de hechos, quienes sentirán que ya no operan más en las zonas grises, oscuras y clandestinas del ordenamiento jurídico, sino en un espacio iluminado por la imperatividad de las normas. El mensaje será claro quien detenta un control efectivo sobre la persona jurídica tiene la obligación de evitar lesionar bienes jurídicos con esta facultad, pues todo poder entraña también una gran responsabilidad en su ejercicio en resguardo de la comunidad en general.

TIPICIDAD SUBJETIVA:

Es un delito doloso que puede ser cometido mediante una acción u omisión, caracterizado por un dolo de utilizar a la persona jurídica para eludir normas de orden público y en perjuicio de terceros.

GRADOS DEL DESARROLLO DEL DELITO

Consumación, se produce cuando se ha realizado la acción u omisión tendiente a aprovecharse de las vinculaciones sobre una o varias personas jurídicas, con la finalidad de evadir el cumplimiento de obligaciones laborales, previsionales, tributarias u otras obligaciones derivadas de procesos constitucionales, penales o civiles. Puede ser un delito continuado o de un sólo acto.

TENTATIVA, es admisible, este es caso del controlante o administrador de hecho, que luego de haber abusado de su control sobre la persona jurídica para defraudar obligaciones legales y perjudicar a terceros no logra su cometido por causas ajenas a su voluntad o es interrumpido o descubierto en plena ejecución del delito.

PENALIDAD PROPUESTA

No menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación en el ejercicio del comercio o cualquier actividad relacionada con la administración o formación de una persona jurídica no mayor a cinco años.

Resumiendo conceptos, sostenemos que la actual legislación no está sancionando apropiadamente la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito laboral, así como en otras parcelas del derecho. Empero, puntualmente en el ámbito laboral, esta situación se corregiría incorporando normas específicas en el marco laboral para efectos de permitir que los inspectores de trabajo sancionen estas conductas aún antes de ingresar a un proceso laboral y adicionalmente siendo una acción defraudatoria compleja con premeditación y ventaja en perjuicio de un crédito con carácter alimentario, merece ser sancionado con dureza para efectos de disuadir estas conductas mediante la prevención general que el derecho penal promueve al sancionar a un agente autor de este ilícito. El derecho penal es residual, esto es se apela al mismo cuando todos los otros mecanismos de control social fallaron, en ese sentido, en el presente caso se justifica la creación de un delito que sancione la utilización fraudulenta de la persona jurídica pues la legislación civil, comercial y administrativa, ha sido rebasada por este fenómeno, justificando ello la necesidad del ingreso del derecho penal como mecanismo de control social que corrija el fallo de manera enérgica y sancione a los responsables de un ilícito que socaba los principios básicos del orden público. Recordemos lo sostenido por Prado Saldarriaga sobre la utilización fraudulenta de la persona jurídica: “si en este contexto las personas jurídicas sirven para cometer delitos o para facilitarlos o encubrirlos, no cabe otra posibilidad que controlar y sancionar penalmente sus actividades ilícitas.”⁴⁷⁶ En ese sentido, nos parece perfectamente viable sancionar penalmente conducta alevosamente diseñadas para defraudar a los trabajadores.

Ello independientemente de la indemnización por el daño causado al trabajador, ocasionado por el penoso trance de un proceso judicial para el reconocimiento de sus derechos y el no goce oportuno de sus derechos. Quizás una forma de disuadir a los malos empresarios y crear predictibilidad judicial sea establecer una

⁴⁷⁶Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal. Indemsa. Lima- Perú. 2009. p.96.

indemnización tazada o tarifada⁴⁷⁷ como la indemnización por despido arbitrario (artículo 34 y 38 del Decreto Supremo 003-97-TR) equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneración; la indemnización por terminación anticipada de contrato a plazo fijo (artículo 76º del Decreto Supremo 003-97-TR) equivalente a un sueldo y medio por mes que faltaba hasta la terminación del contrato, con un tope de 12 remuneraciones, o la indemnización por descanso vacacional frustrado (triple remuneración vacacional) conforme lo señala el artículo 23º del Decreto Legislativo 713. Recordemos especialmente el caso de indemnización por retención indebida de beneficios sociales prevista en el artículo 59º del TUO del Decreto Legislativo No 650 que señala que “si el empleador retuviera, u ordenara retener, o en su caso cobrara cantidades distintas de las taxativamente previstas en el Artículo 47, **pagará al trabajador por concepto de indemnización por el daño sufrido por éste, el doble de dichas sumas**, sin perjuicio de los intereses legales moratorios que se devenguen desde la fecha de la retención o cobros indebidos.”

Elías Mantero observa que “existen algunas situaciones en que la Ley establece especiales a favor de los trabajadores, pero sin asignarles calidad indemnizatoria. Tal es el caso de la remuneración por descanso no gozado cuando no se autoriza al trabajador a descansar en otro día de la semana (lo que se denomina trabajo sin descanso sustitutorio). La ley denomina a este pago adicional, sobretasa y equivale al 100% de la remuneración. Una situación similar podría ser el de pago de horas extras, que se abona, a falta de pacto que establezca un beneficio mayor con el 25 o 50% de la remuneración por hora y al que no se le reconoce la calidad de indemnización.”⁴⁷⁸ Sin embargo, más interesante para nuestros propósitos resulta lo dicho por Elías Mantero sobre la indemnización por actos de discriminación, así apunta “la Ley 26772 ha regulado el tema de la discriminación

⁴⁷⁷ Cfr, Elías Mantero, Fernando. Criterios uniformes de valoración de daños en materia civil, penal y laboral. En: (a cura de) Espinoza Espinoza, Juan. Responsabilidad Civil II. Rodhas. Lima-Perú. 2006. p.68-9.

⁴⁷⁸ Elías Mantero, Fernando. Ob. Cit. p.74.

en el acceso al empleo: este dispositivo ha sido reglamentado por el Decreto Supremo 002-98-TR. En el artículo 8º de la referida norma se establece la facultad de toda persona discriminada en un procedimiento de selección o admisión a un puesto de trabajo, o a un medio de formación educativa, de demandar una indemnización por los daños sufridos, cuya tramitación se daría en la vía civil por un proceso de conocimiento. La norma que mencionamos establece que la indemnización deberá ser fijada con criterio de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse en cuenta, el monto de remuneración anual ofertada o pensión anual. ”

En esa misma línea, consideramos que también el daño por fraude a la ley laboral u ocasionado por incumplimiento de obligaciones laborales a cargo del empleador debe ser indemnizado. Especialmente, en los casos en que descaradamente no sólo existe un fraude a la ley laboral sino en simultáneo actos de discriminación entre los trabajadores, a pesar de realizar las mismas labores, este es el caso de los trabajadores del Estados, contratados bajo regímenes especiales (RECAS) o servicios de terceros, no obstante realizar actividades plenamente subordinadas. En estos casos el trabajador no sólo se le ocasiona un daño al no poder gozar oportunamente de sus beneficios sociales, para cuyo reconocimiento tendrá que transitar por un penoso proceso judicial soportando las estrategias legales elusivas del ente estatal, sino que cargara con un acto discriminatorio todo lo que dure la relación siendo en la práctica ello una limitante para su desempeño profesional especialmente en los casos en que se tiene varios años laborando en la institución pública, ello independientemente de la angustia por la que pasa este trabajador al final de cada año para que se le renueve su contrato pese a tener más de seis o diez años de tiempo de servicio a la entidad. Consideramos que en el proceso de reconocimiento de la relación laboral puede acumularse la pretensión de una indemnización por daño moral por el perjuicio derivado de la discriminación laboral y de los artificios fraudulentos para negar derechos laborales legítimos e incluso su derecho a la sindicación y derechos previsionales.

Elías Mantaro bien sostiene sobre este último punto, que “una obligación fundamental del empleador viene a ser el cumplimiento de las obligaciones frente a la seguridad social. En algunos casos este incumplimiento se puede originar en el desconocimiento de la calidad laboral del trabajador, lo que se puede originar en el desconocimiento de la calidad laboral del trabajador, lo que se puede dar por no incluir en planilla a fin de evadir las obligaciones derivadas, o mediante la utilización de formas no laborales de contratación que encubren el contrato de trabajo. En otros casos la responsabilidad, puede surgir como efecto del incumplimiento de las prestaciones.”⁴⁷⁹ Añade el autor, respecto “a la primera obligación, todo empleador que contrata los servicios de un trabajador está obligado a reconocer la calidad de tal, inscribiéndolo en las planillas y pagando las contribuciones sociales derivadas. También existe la obligación expresa de los empleadores, de cumplir con las normas de seguridad ocupacional que se establezca con respecto a Ley. Es así como Essalud está facultada para repetir contra el empleador toda prestación otorgada al trabajador cuando éste no haya cumplido con las prestaciones debidas.”⁴⁸⁰ También nos recuerda: “el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación del seguro complementario de trabajo de riesgo puede generar también responsabilidades indemnizatorias al empleador.”⁴⁸¹

Volvemos entonces a reiterar la idea expuesta al inicio de este capítulo, la admisión del daño causado por el empleador por el encubrimiento, simulación o fraude en la contratación laboral debe ser indemnizada no sólo con el objeto de desalentar estas conductas fraudulentas y discriminatorias, sino porque efectivamente sea conculcado derechos laborales y la dignidad del trabajador, lo que justificaría plenamente una indemnización por dicho concepto. El reconocimiento legal o vía un precedente judicial de una indemnización por daño ocasionado por encubrimiento de relaciones laborales implicaría en última instancia el punto más alto de afirmación del derecho laboral peruano. Este escenario al observar la consagración actual del daño moral en la relación laboral

⁴⁷⁹ Elías Mantero, Fernando. Ob. Cit. p.76.

⁴⁸⁰ Ibidem

⁴⁸¹ Ibidem

por despido indigno y maltratos laborales no parece lejano, sino una cuestión de tiempo y justicia.

Cierto es que el estatus actual está dado para que el empresario inescrupuloso juegue con las reglas laborales, y las cumpla de manera diferida y cuando ya sea inevitable, esto es, cuando los trabajadores defraudados logren vía judicial el reconocimiento de sus derechos laborales. En este escenario, incluso el trabajador habrá perdido, pues recibirá sus beneficios sociales tardíamente, e incluso a voluntad del empleador, cuando paga de manera fraccionada alegando una falsa insolvencia. Ninguna sanción, norma o sentencia judicial podrá erradicar de plano las prácticas fraudulentas de algunos malos empresarios, sin embargo, coadyuvan significativamente en la conciencia social, y la consolidación de los derechos laborales.

CON RELACIÓN A LAS MANIOBRAS PROCESALES FRAUDULENTAS DE ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS PARA DEFRAUDAR DERECHOS LABORALES

Una de las historias procesales más indolentemente repetidas en el Poder Judicial son las maniobras fraudulentas y dilatorias de parte de empresarios inescrupulosos y de las propias Procuradurías de entidades del Estado, que básicamente se resume en negar las relaciones laborales a pesar de las evidencias y precedentes sobre casos similares, la interposición de excepciones de arbitraje así como de falta de legitimidad para obrar. Esta última llama especialmente nuestra atención pues en ella se argumenta que las empresas demandadas y que fueron usadas como parte del ardid para defraudar los derechos laborales del trabajador, son personas jurídicas autónomas, y que en todo caso, con la única que tuvo relación el trabajador fue con la que habitualmente no tiene bienes o con la que será más infructuoso el cobro de su crédito.

Una forma de lograr la efectivización de los derechos laborales es tener en cuenta los precedentes judiciales de la Corte Suprema y especialmente los fallos del Tribunal Constitucional, en casos análogos a los objeto de un proceso judicial, especialmente en los casos en que el demandado es el mismo, y el demandante es un trabajador, puesto que por mucho que sea obvio, esto no suele ser la constante, y se sigue repitiendo las estrategias procesales dilatorias, sea para ocultar la existencia de un copatronato, un falso empleador, un grupo de empresas o una relación laboral determinada. De ahí, que postulemos que la STC N° 05561-2007-PA/TC sea un precedente fundamental para quebrar este pernicioso ciclo que han venido usando empresarios del sector privado así como entidades estatales.

En ese sentido, reseñaremos brevemente los principales aspectos de la STC N° 05561-2007-PA/TC, que toma mucho de los aportes del Informe Defensorial N° 135, que recoge la evaluación de los procesos de tercerización, como forma de gestión de los derechos previsionales. En la medida que los reclamos de los pensionistas, frente a la frecuente renuencia de la ONP de atender sus reclamos, terminan ante los estrados judiciales, cobra especial relevancia el análisis sobre la contratación de diversos estudios de abogados que, como se tendrá ocasión de confirmar, constituye en muchos casos una verdadera interferencia a las prestaciones que por derecho corresponde a los pensionistas y, en otros tantos casos, difiere la posibilidad de tutela oportuna que los órganos judiciales están obligados a brindar a todo justiciable a quien respalda el Derecho.

**GASTO EN ESTUDIOS DE ABOGADOS CON LOS COSTOS DEL PERSONAL
Y DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE LA ONP**

Gastos Principales	1995	2004	2005	2006	2007 (*)
Estudio de Abogados	221,813	12'595,211	21'479,549	17'178,718	14'010,482
Atención+Calificación+Verificación +18846 +Bonos	1'338,987	24'400,100	23'207,192	24'715,249	26'788,865
Personal y obligaciones sociales	622,720	21'084,280	22'775,979	23'601,367	25'418,842

Fuente: www.onp.gob.pe Información General/ Estadísticas ONP/Miscelánea / Ratios ONP Administradora 11. (*) La información del año 2007 no estaba actualizada a diciembre.

La Defensoría del Pueblo, dice el TC, ha podido constatar en su Informe que “dichos Estudios **no conocen o no quieren reconocer en el ejercicio de su defensa de la ONP, los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que resuelven conflictos con carácter vinculante para casos similares**”, “obligando de esta forma a que el asegurado o pensionista que busca el otorgamiento de un determinado derecho pensionario, y cuyo pedido se encuentra sustentado en la jurisprudencia constitucional de un caso idéntico al suyo, tenga que recurrir a un nuevo proceso judicial a fin de obtener una sentencia que se aplique a su caso concreto”. (Informe N° 135 Pág. 142). Así, el **TC concluyo que la defensa que hace la ONP a nivel judicial en las contestaciones de demanda, en abierta contradicción de la jurisprudencia pensionaria vigente, desnaturaliza el objeto de la defensa judicial del Estado**. Esta situación, que conspira contra la ética de la profesión legal, pero que al mismo tiempo interfiere en el efectivo goce de los derechos pensionarios. El TC consideró que “las situaciones descritas, relativas a la gestión de la ONP en los últimos años y, en especial, su accionar en los procesos judiciales frente a las reclamaciones de los pensionistas y jubilados de los diferentes regímenes pensionarios, (...) de manera de **controlar el uso de los recursos públicos en el pago de honorarios de abogados particulares y estudios que, en la mayoría de los casos, convierten el ejercicio de la abogacía y la defensa letrada en una suerte de fábrica de recursos y excepciones procesales que presentan a los despachos judiciales sin ningún escrúpulo ni control, pese a conocer de su evidente falta de sustento** (STC N.º 05561-2007-PA/TC, f.27).”

Tales comportamientos irresponsables y contrarios a la ética profesional de la abogacía, resultan doblemente perniciosos. Por un lado, **generan frustración y desasosiego en los pensionistas que no cuentan con los recursos para hacer frente a las “estrategias legales” del propio Estado**, y por otro, abarrotan los despachos judiciales, distrayendo la atención que merecen los

casos que realmente requieren la actuación inmediata y oportuna de los órganos jurisdiccionales en defensa de los derechos fundamentales. De otro lado, las actuaciones judiciales de los abogados contratados por la ONP ponen también de manifiesto que la **ONP viene utilizando los procesos constitucionales para desacatar sentencias constitucionales que tienen calidad de cosa juzgada, sin tener ningún fundamento jurídico que la ampare** (STC N.º 05561-2007-PA/TC, f.28).

Asimismo, el TC manifiesta que el “abogado que presentó la demanda estaba obligado a conocer de las normas éticas y procesales, así como la propia jurisprudencia del TC que había establecido en más de una oportunidad la procedencia del pago de intereses como consecuencia de devengados dejados de pagar en forma unilateral por la ONP, por lo que la articulación de un nuevo proceso constitucional para revisar indirectamente el criterio público del TC en este tipo de supuestos, constituye un abierto desacato a sus decisiones y configura un supuesto de temeridad procesal que debe ser sancionado conforme al artículo 292º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El TC manifiesta que **“no es posible que nuestro país logre estándares mínimos en la protección de los derechos de los ciudadanos, sin una actitud de compromiso de parte de los abogados a quienes corresponde la defensa de los ciudadanos y también de las instituciones públicas, ya sea a través de las procuradurías o las defensorías de oficio, o también a través de contratos estatales de servicios profesionales con estudios o abogados independientes.”** **“El Estado no puede propiciar la defensa legal que no se sustente en un estricto comportamiento ético o que no esté basado en los deberes de lealtad, veracidad y justicia, principios de los que no puede desprenderse el ejercicio profesional de la abogacía en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. Desde el Estado, no se puede pagar por recursos dilatorios o por entorpecer la justicia sin incurrir en un doble discurso o una doble moral, en la que por un lado se actúa para hacer cumplir la ley y, por otro, el propio Estado se convierte en violador de la ley y los derechos.”**

El TC agrega “conviene preguntarse entonces en tono crítico: ¿resulta ético y jurídicamente amparable que el Estado haga padecer diariamente a los pensionistas regateando pensiones mínimas mientras, al mismo tiempo, contrata sin regateos los costosos servicios profesionales de estudios de abogados, cuya única finalidad, en el plano judicial, es oponerse con absurdos e infundados escritos a los reclamos de los jubilados?; ¿podemos seguir asistiendo a este espectáculo de escritos y excepciones procesales, los más carentes de fundamentos, que se reparten en los despachos judiciales con el aval irresponsable de las autoridades de la ONP, dilatando la comprensible expectativa de los pensionistas de acceder al goce de su derecho fundamental? (STC N.º 05561-2007-PA/TC, f.33)”

El TC ha señalado que la expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro que sus decisiones -no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos- vinculan a todos los poderes públicos y no sólo a las partes involucradas, conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Recordemos que el TC ha dejado establecido en el Expediente N.º 2579-2003-HD/TC, que mediante la declaración de Estado de Cosas Inconstitucional “(...) y a fin de que se respeten plenamente los pronunciamientos de esta naturaleza que de ahora en adelante se emitan, este Colegiado enfatiza que, si con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente **un caso análogo**, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional”.

Siendo esto así y con base en jurisprudencia precedente, el Tribunal Constitucional encontró, que en el presente caso se ha configurado una situación de hecho incompatible con la Constitución, específicamente la contratación de estudios y/o abogados para asumir la defensa de los intereses de la ONP frente a los reclamos de los pensionistas de los diferentes regímenes pensionarios que administra este Organismo Público Descentralizado correspondiente al Sector Economía y Finanzas. Dicho Estado de Cosas Inconstitucional afecta los derechos de los pensionistas y genera, al mismo tiempo, importantes asignaciones presupuestales que se destinan no sólo a la contratación de estos estudios de abogados, **sino que las demandas, en muchos casos manifiestamente infundadas que presentan estos abogados, constituyen al mismo tiempo un porcentaje considerable en la carga de la justicia constitucional, convirtiéndose, por tanto, en un serio obstáculo para el acceso a la justicia constitucional de muchas otras personas que ven postergadas las respuestas a sus casos debido a que los órganos judiciales deben responder estas demandas de la ONP.** En tal sentido, la declaración de un Estado de Cosas Inconstitucional, con relación a la contratación de estudios de abogados, y en general de profesionales encargados de la defensa de los intereses de la ONP mediante procesos judiciales, **debe merecer una reestructuración integral, a fin de impedir que en el futuro se vuelvan a presentar demandas con él único ánimo de dilatar la atención de los derechos de los pensionistas**, sobre todo cuando respecto de tales derechos exista un criterio jurisprudencial establecido e inequívoco sobre la materia, ya sea de parte del Poder Judicial o de este Colegiado.

El TC finalmente no solo declaró **INFUNDADA** la demanda de amparo por vulneración al debido proceso interpuesto por la ONP sino que **declaró como un *Estado de Cosas Inconstitucional*, la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes del TC, de parte de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que**

administra; en consecuencia ordenó a las instancias judiciales que tienen en curso procesos en los que la pretensión esté referida al pago de intereses o devengados como consecuencia de la actuación renuente y unilateral de la ONP, **apliquen los criterios jurisprudenciales** del TC, dando por concluidos los procesos judiciales relacionados a reclamos de los pensionistas e imponiendo las medidas disciplinarias a que hubiera lugar a los abogados patrocinantes. Además el TC ordenó a la ONP para que en los próximos 3 días posteriores a la publicación de la presente sentencia, se allane o se desista de toda demanda constitucional que tuviera en curso y en el que la única pretensión esté referida a la misma materia de la presente demanda, bajo apercibimiento para el titular del pliego de incidir en desacato a la autoridad judicial. También, el TC impone a la ONP, por concepto de sanción por conducta temeraria y conforme a los fundamentos de esta sentencia, el pago de los costos procesales, que deberá liquidarse y establecerse en vía de ejecución. Y también impone a todos y cada uno de los abogados que autorizaron los escritos a lo largo del presente proceso el pago solidario de 20 URP por concepto de sanción por incumplimiento de los deberes propios del ejercicio profesional.

El Poder Judicial y el TC esta infestado de expedientes laborales en los cuales se discute el reconocimiento de una relación laboral, especialmente en el caso del principal empleador, el Estado, allí están las demandas de los trabajadores que habían estado contratados como SNP, locación de servicios o RECAS, en diversas entidades del Estado, llámese ministerios, órganos autónomos, órganos ejecutores, municipalidades, regiones o empresas públicas. En este escenario, a pesar de las cientos de sentencias similares que el Poder Judicial expide al respecto, las procuradurías del Estado juegan con las reglas procesales a fin de obstruir o dilatar el logro de los beneficios sociales del trabajador. Lo propio ocurre con grupos de empresas y empresarios inescrupulosos que comparten personal, bien conocidos en los pasillos y pisos del Poder Judicial que una y otra vez repiten la estrategia procesal, y juegan con las normas procesales con el objeto de evitar que se les impute responsabilidad laboral solidaria, o que en el peor de los casos

se le impute la responsabilidad a la hermana del grupo que tiene menos recursos. Sin duda, una forma de empezar a combatir estas prácticas fraudulentas sería la expedición de un precedente judicial o precedente constitucional del TC, que pusiera orden, y que llamara la atención con esa misma energía que se ha puesto en la Sentencia N° 05561-2007-PA/TC antes comentada.

CONCLUSIONES

1. **CON RELACIÓN AL CAPÍTULO I:** El planteamiento de la investigación es innovador pues tiene el mérito de transitar desde las instituciones civiles referidas a la utilización fraudulenta de la persona jurídica, con casuística de actualidad, y jurisprudencia sobre el tema, revisando en ese camino conceptos básicos de ciencia política, para arribar posteriormente, con esos conocimientos, a la problemática de la utilización fraudulenta en el ámbito del derecho laboral con un enfoque propio, sui generis y original del autor.
2. **CON RELACIÓN AL CAPÍTULO II.-** La historia del derecho da cuenta del nacimiento, formación y evolución de la persona jurídica, cuya característica más emblemática es su autonomía formal (subjektividad), y la responsabilidad limitada. El capítulo II, enfoca su atención, sobre la persona natural o jurídica (controlante) que tiene el control de la persona jurídica, sea por un vínculo de derecho o de hecho, y la responsabilidad que deben asumir por el ejercicio de dicho poder, especialmente porque con su conducta no sólo pueden afectar intereses patrimoniales de acreedores del ente colectivo sino derechos fundamentales e incluso el destino del país como se observó en el Caso Crousillat, reseñado en dicho acápite. Ello es todavía más importante de cara a los fenómenos de las personas jurídicas vinculadas, y los grupos de personas jurídicas, insuficientemente regulados en el derecho laboral.
1. **CON RELACIÓN AL CAPÍTULO III.-** Se aborda el fenómeno de la utilización fraudulenta de la persona jurídica desde el ámbito de los conceptos de la ciencia política y las instituciones jurídicas del derecho civil que la combaten. Al respecto debemos decir que es importante identificar que este fenómeno social tiene su origen en las relaciones de poder internas que existen en el seno de la persona jurídica, tanto privada como pública, y que justamente hacen posible la consumación del fraude. Solo una buena comprensión de los conceptos de poder social y poder político, nos permiten entender a cabalidad, las relaciones

de poder que se dan tanto al interior de la persona jurídica como en el ámbito exterior, en su relación con otros sujetos de derecho, y como toda esta red de vinculaciones puede dar lugar al fenómeno social bajo estudio.

La utilización fraudulenta de la persona jurídica se da en múltiples escenarios, y debemos destacar el catalogo de ejemplos de este fenómeno que nos brinda el Capítulo III, entre los que aparece como mecanismo para vulnerar derechos fundamentales, relacionada con las falsas comunidades indígenas, con la problemática de la actividad de explotación máquinas tragamonedas, en los procesos de amparo, relacionado con la afectación a la soberanía nacional, en el ámbito del control de los poderes del Estado, en el caso de la evasión tributaria y lavado de activos, partidos políticos y corrupción de funcionarios, así como en el campo del derecho al consumidor, entre otros. Este análisis exploratorio nos permite concluir que el fenómeno bajo estudio es complejo y amplio, y requiere de una profundización por cada caso, y que la presente investigación solamente se adentrara en los casos específicos de la utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito del derecho laboral, sin pretender agotar el tema.

2. CON RELACIÓN AL CAPÍTULO IV.- Identifica las principales instituciones jurídicas a las que se acude en el derecho laboral para desbaratar la utilización fraudulenta de la persona jurídica en perjuicio de los trabajadores. Se destaca para dicho fin el principio de primacía de la realidad y la solidaridad laboral, especialmente aplicado para los casos en aprovechándose de sociedades interpuestas, vinculadas y grupos empresariales se defrauda créditos laborales.

3. CON RELACIÓN AL CAPÍTULO V.- El análisis de los supuestos específicos de utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito del derecho laboral, nos permite destacar que el régimen laboral especial de PYMEs, Decreto Legislativo N° 1086, es la una de las normas laborales que identifica el fenómeno y lo sanciona, lección que se podría replicar en otros supuestos

distintos al acogimiento indebido a un régimen laboral especial. Luego, de ello se revisa, supuestos más complejos, que se dan en el ámbito de la descentralización de la producción (intermediación laboral y tercerización), entendiendo que en algunos supuestos específicos estas modalidades de contratación, hacen posible que valiéndose de un tercero de fachada o vinculado (persona jurídica intermediadora o tercerizadora) se degraden las condiciones laborales, y precarice el empleo, además de debilitarse el movimiento sindical siguiendo autorizada doctrina al respecto.

Menos polémico, y más consensual, es la aplicación del carácter persecutorio del crédito laboral para combatir la utilización fraudulenta de la persona jurídica, y en donde se ha analizado principalmente jurisprudencia del 2010, de la Corte Superior del Santa, así como las principales Casaciones Laborales y Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema, todo lo cual nos permite señalar que el empleador que intentando eludir el pago de un crédito laboral transfiere sus activos fijos a una persona jurídica vinculada, deberá tomar conciencia que ello no impedirá que se ejecute el bien, pues estos bienes garantizan el pago de los adeudos laborales, y son perseguibles aunque estén en poder de terceros.

También se analiza los casos en que utilizando el artificio de una persona jurídica para lograr evitar el disfrute del derecho a las utilidades que tienen los trabajadores, como por ejemplo, en los supuestos de asociaciones que explotan universidades y colegios, sin que los docentes puedan acceder a dicho beneficio, no obstante que contribuyen con sus labores al crecimiento del emprendimiento empresarial, y que los excedentes económicos son disfrutados por los controlantes (dueños) de la universidad o colegio. Nuestra postura es que en tanto un trabajador no socio o no miembro que contribuya con su trabajo al crecimiento de una actividad empresarial debe permitírsele gozar de su derecho a las utilidades al amparo con el artículo 29º de la Constitución.

Asimismo, se aborda la problemática de los trabajadores compartidos por un grupo empresarial, y como la diferenciación de subjetividad entre estas personas jurídicas, puede convertirse en un obstáculo para el disfrute pleno de sus derechos laborales, supuesto no regulado por nuestra regulación laboral. Aquí, nos queda claro que la sola transferencia de trabajadores entre empresas que forman un grupo no implica la reducción de remuneraciones ni de categoría, debiendo respetarse la antigüedad del trabajador. Es bueno, recordar que el mismo argumento es aplicable para los grupos de empresas estatales como en el caso del Grupo Distriluz descrito en la presente investigación.

4. CON RELACIÓN AL CAPÍTULO VI.- Debemos concluir que la utilización de la persona jurídica en el ámbito laboral, se encuentra parcialmente regulada a través de institutos como el principio de primacía de la realidad, la solidaridad laboral, el carácter persecutorio del crédito laboral y el régimen especial de PYMEs. Sin embargo, también es verdad que existen supuestos aún sin tratamiento normativo ni jurisprudencial suficiente dentro de los cuales se encuentran las relaciones laborales individuales y colectivas en el ámbito de los grupos de empresas, las sociedades vinculadas y la descentralización productiva. Se advierte la necesidad para enfrentar dicha problemática mediante el reconocimiento legal del personal corporativo y los sindicatos de grupos de empresas, y además enfrentar la necesidad de dar igualdad de trato de condiciones laborales al personal destacado en la empresa principal, perteneciente a una empresa de intermediación o tercerización ubicados en la misma categoría ocupacional que personal de la empresa usuaria. No podemos, dejar de mencionar la necesidad de profundizar estudios sobre la responsabilidad civil por daño moral derivadas de la utilización fraudulenta de la persona jurídica y otros artificios en perjuicio de los trabajadores.

Finalmente, debo advertir que en ningún caso, pretendo afirmar que mi posición aquí expuesta, es la única posible solución a los problemas planteados, puesto que esta investigación, más que buscar imponer una postura definitiva pretende

generar reflexión y debate, para arribar a soluciones consensuadas entre los diferentes sectores de la sociedad, especialmente empleadores, trabajadores, y el Estado.

RECOMENDACIONES

- 1. AL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE).**- En el marco de lo dispuesto por el numero d) del artículo 3º del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2010-TR, se recomienda al MTPE que promueva el debate y discusión de un proyecto de ley dirigido a regular las relaciones laborales en el ámbito de las sociedades vinculadas y grupos de empresas, que incluya el tratamiento de reparto de utilidades y el reconocimiento de sindicatos de grupos empresariales y en el ámbito de la descentralización productiva, así como sanciones al empleador que utiliza a una persona jurídica con el fin de cometer un fraude laboral, por las consideraciones vertidas en el Capítulo V y VI de la presente investigación.

- 2. A LA DIRECCIÓN GENERAL DE INSPECCIONES.**- En el marco de lo dispuesto por los artículos 57º y 58º del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2010-TR, perfeccionar la normatividad laboral de inspecciones a fin de que se contemple como una infracción muy grave los fraudes laborales cometidos por empleadores mediante la utilización fraudulenta de la persona jurídica y transferencia de activos.

- 3. A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES.**- En el marco de lo dispuesto por el artículo 8 de la Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, promover la regulación de los sindicatos de grupos de empresas así como en el ámbito de la descentralización productiva, para efectos de que vía negociación colectiva, los trabajadores de la misma categoría ocupacional de una empresa, no importando su condición contractual, goce de los mismos beneficios que disfruta el trabajador contratado directamente por la empresa principal para desempeñar la misma función. Asimismo, puedan vía negociación colectiva

regular convencionalmente el reparto de utilidades para el personal que esta destacado en la empresa principal y que contribuye con su fuerza laboral a la productividad de la misma.

Adicionalmente, las organizaciones sindicales o trabajadores que quieren conformar una, pueden acudir al Poder Judicial mediante una acción de amparo dirigida contra el Ministerio de Trabajo o Dirección Regional del Trabajo, según sea el caso, que denegó la autorización de registro del sindicato, a fin de que el juez constitucional, le ordene a la autoridad administrativa reconozca a los sindicatos de grupos de empresas y otros en el ámbito de la descentralización productiva, al amparo del ejercicio a la libertad sindical previsto en el artículo 28º de la Constitución Política del Perú.

Finalmente, aunque el poder de negociación colectiva de los sindicatos de empresa, es muy limitado con relación a los derechos de los trabajadores de las empresas de intermediación, tercerización y los trabajadores corporativos, pueden buscar mejorar sus condiciones laborales, exigiendo a la empresa principal o usuaria, según corresponda, les aseguren las mismas condiciones laborales que los trabajadores de su misma categoría ocupacional, conviniendo esta, con la empresa de intermediación o tercerizadora que en el precio unitario de servicio se establezca condiciones laborales mínimas para el trabajador.

4. AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.- En el marco de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 102º de la Constitución Política del Perú, debe promover la discusión, y consensuar un proyecto de ley que regule las relaciones laborales en el ámbito de los grupos de empresas, y sociedades vinculadas, dentro los cuales debe regular el sindicato de grupo de personas, y en el ámbito de la descentralización productiva. Asimismo, debe incluir en esta propuesta legislativa una norma que equipare las condiciones laborales entre los trabajadores de una misma categoría empresarial, que prestan sus laborales a

una misma empresa, aunque formalmente estén contratados por otra. Sobre el particular, se adjunta el texto de una propuesta legislativa.

5. AL FONAFE.- En el marco de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, dada por Ley N° 27170, elabora la política laboral de las Empresas del Estado, que promueva normatividad sobre las relaciones laborales en el ámbito de los grupos de empresas del Estado, que incluya el tratamiento de reparto de utilidades y el reconocimiento de sindicatos de grupos empresariales y en el ámbito de la descentralización productiva.

6. A LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP. DE LA UNMSM.- En el marco de lo dispuesto por el numeral b) del artículo 2º de la Ley Universitaria, Ley N° 23733, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, promueva eventos académicos en coordinación con los Talleres y Círculos de Estudio de Derecho del Trabajo, donde se reflexione sobre la conveniencia y necesidad de promover una regulación específica para las relaciones laborales individuales y colectivas en el ámbito de los grupos de empresas, lo que implica reconocer el fenómeno de los trabajadores corporativos y los sindicatos de grupo, además de los fraudes laborales que se realizan en el ámbito de sociedades vinculadas y grupos de empresas.

PROYECTO DE LEY SOBRE LOS EMPLEADORES EN EL ÁMBITO DE SOCIEDADES VINCULADAS Y GRUPOS EMPRESARIALES

Artículo 1°.- Sociedades Vinculadas y Grupos de empresas

Existe un grupo de empresas cuando varias empresas sociedades vinculadas, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección común. Cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman un grupo, éstas son solidariamente responsables por sus derechos laborales, superando la formalidad de la suscripción del contrato de trabajo original.

Asimismo, la sola transferencia de trabajadores entre empresas que forman un grupo no implica la reducción de remuneraciones ni de categoría, debiendo respetarse la antigüedad del trabajador. Asimismo, las utilidades del trabajador se computan por cada empresa en la que presta servicios teniendo en cuenta su trabajo efectivo salvo en el caso de los trabajadores corporativos que recibirán las utilidades de cada empresa controlada.

Artículo 2°.- Elementos para determinar la existencia de un grupo de empresas

Son elementos para determinar la existencia de un grupo de empresas: el desarrollo en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva; la existencia de relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes; que los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; entre otros criterios sobre sociedades vinculadas previstos en normas especiales del sector financiero, bursátil y bancario conforme Anexo I.

Artículo 3°.- Sindicatos en Sociedades Vinculadas y Grupos de Empresas

Los trabajadores pertenecientes a un grupo de empresas pueden conformar un sindicato de grupo, y efectuar negociaciones colectivas con dicho estatus. Asimismo los trabajadores de empresas de intermediación y tercerización pueden sindicalizarse a su elección en el sindicato de la empresa principal, o la empresa de intermediación o tercerización. Asimismo, el Grupo Empresarial, para efectos de convenios colectivos se considerara como un único empleador.

Artículo 4°.- Derecho a la igualdad entre trabajadores de labores iguales, similares o equivalentes en el ámbito de la descentralización productiva

Los trabajadores de las empresas de servicios temporales y complementarios tienen derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores, durante el tiempo que fueren destacados a ésta.

La extensión procede cuando las remuneraciones y condiciones de trabajo son de alcance general a la categoría ocupacional o función desempeñada. No son extensivas únicamente las que deriven de calificaciones o condiciones personales. No procede la extensión cuando las labores desarrolladas por los trabajadores destacados no son efectuadas por ningún trabajador de la empresa.

Artículo 5°.- Responsabilidad solidaria de la empresa principal con las empresas contratistas y subcontratistas.- Los trabajadores de empresas contratistas o subcontratista, tienen el derecho de demandar por sus beneficios sociales de manera solidaria a la empresa contratista y empresa principal, siendo el plazo de prescripción para hacerlo de cuatro (04) años en concordancia con lo establecido por el artículo único de la Ley N° 27321.

Artículo 6.- Infracción muy grave.- Incorporase en el párrafo final del artículo 37° de la Ley General de Inspección de Trabajo, Ley N° 28806, el siguiente texto: Se considerara dentro de una de las infracciones muy grave en la relación laboral “la constatación de la utilización de la persona jurídica para defraudar derechos

laborales o evadir el cumplimiento de sanciones impuestas por la autoridad de trabajo”

Artículo 7º.- Responsabilidad civil por prácticas fraudulentas en la contratación laboral

Los empresarios que utilicen prácticas fraudulentas de contratación laboral tales como simulación de actos jurídicos o la utilización fraudulenta de la persona jurídica para defraudar derechos laborales deberán indemnizar al trabajador por el daño moral que pudo ocasionar al trabajador por el incumplimiento de sus obligaciones laborales y la lesión a sus derechos fundamentales.

ANEXO I

Conceptos legales de grupos económicos en el Perú

Grupos económicos según el Artículo 40º del Decreto Supremo N° 007-2008-TR y 4º del Decreto Supremo N° 008-2008-TR	Grupos económicos según el Artículo 7º la...Resolución... CONASEV N° 90-2005-EF/94.10	Grupos económicos según el Artículo 8º la...Resolución...S.B.S. N° 445-2000
Grupo económico es el conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas. El grupo económico se mantendrá mientras continúe el control empresarial.	Grupo Económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales. Por excepción, se considera que el control lo ejerce una persona jurídica cuando, por la dispersión accionaria y de los derechos de voto de dicha persona jurídica, ninguna persona natural o conjunto de personas naturales ostente más del 30% de los derechos de voto ni la capacidad para designar a más del 50% de los miembros del directorio.	Grupo económico es el conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

Fuente: Elaboración propia, 2009

SUPUESTOS LEGALES DE VINCULACIÓN ECONÓMICA EN EL PERÚ

Vinculación Económica según el Artículo 4º del Decreto Supremo N° 008-2008-TR	Vinculación Económica según el Artículo 5º la Resolución CONASEV N° 90-2005-EF/94.10	Vinculación Económica según el Artículo 3-5º la Resolución S.B.S. N° 445-2000
<ul style="list-style-type: none"> Se considera que dos (2) o más empresas tienen vinculación económica. Una persona natural o jurídica posea más de treinta por ciento (30%) del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero. Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a 	<ul style="list-style-type: none"> La propiedad indirecta de una persona natural o jurídica a través de personas jurídicas se computa en función a la participación en el capital social en cada una de ellas, según lo siguiente: a) En proporción a la participación representativa cuando ésta es de cincuenta por ciento (50%) o menos, b) La totalidad de la propiedad, cuando la participación representativa es mayor al cincuenta por ciento (50%). 	<ul style="list-style-type: none"> Se entiende por vinculación por riesgo único a la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras personas, de tal manera, que cuando una de éstas tuviese problemas financieros o económicos, la otra u otras personas se podrían encontrar con dificultades para atender sus obligaciones. Existe vinculación por riesgo único entre las personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico y, entre éstas y las personas naturales que ejercen el control de

<p>una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.</p> <ul style="list-style-type: none"> • En cualquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges o convivientes entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. • El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca en más del treinta por ciento (30%) a socios comunes a éstas. • Cuando las personas naturales titulares de negocios unipersonales son cónyuges, convivientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y cuenten con más del veinticinco por ciento (25%) de trabajadores en común. • Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos o comerciales que se adopten. • Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí. • Una empresa venda a una misma empresa o a empresas vinculadas entre sí, el ochenta por ciento (80%) o más de sus ventas. • Una misma garantía respalde las obligaciones de dos empresas, o cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las de una de ellas son garantizadas por la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero. • Más del cincuenta por ciento (50%) de las obligaciones de una persona jurídica sean acreencias de la otra, y esta otra no sea empresa del sistema financiero. 	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando una misma garantía respalda las obligaciones de ambas, o cuando más del 50% de las de una de ellas son garantizadas por la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero. • Cuando más del 50% de las obligaciones de una persona jurídica son acreencias de la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero. • Cuando una persona jurídica tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social de otra que le permite tener presencia en su directorio. • Cuando un tercio o más de los miembros del directorio o de los gerentes de una de ellas son directores, gerentes o trabajadores de la otra. <p>I. Entre personas naturales: a) Que son parientes, b) Cuando una de ellas es director o gerente de una persona jurídica en la cual la otra tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social que le permite tener presencia en su directorio, c) Cuando ambas pertenecen al conjunto de personas que ejercen el control de un grupo económico.</p> <p>II. Entre personas naturales y jurídicas: a) Cuando la persona natural tiene una participación, directa o indirecta, en el capital social de la persona jurídica que le permite tener presencia en su directorio, b) Cuando la persona natural es director o gerente de la persona jurídica, o ha ejercido alguno de tales cargos en alguna oportunidad durante el último año, c) Cuando la persona natural es director o gerente de alguna de las personas jurídicas del grupo económico al que pertenece la persona jurídica, tal como se define en el presente reglamento, d) Cuando la persona natural pertenece al conjunto de personas que ejercen el control del grupo económico al que pertenece la persona jurídica.</p>	<p>dicho grupo económico.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se presume que existe vinculación por riesgo único entre los cónyuges, entre las personas naturales y/o jurídicas que tienen relación de propiedad y/o de gestión. • Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representan el 4% ó más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta. <p>Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando el cónyuge o los parientes de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. • Cuando una persona tiene propiedad sobre una persona jurídica a través de otra u otras personas jurídicas. • Existen relaciones de gestión en los siguientes casos: • Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el artículo 8º de la presente norma. • Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última según lo establecido en el artículo anterior. • Cuando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona. • Cuando una persona es representada por otra persona. • Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios. • Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica. • Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo. • Cuando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero. • Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas. • Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica. • Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas. • Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses. • Entre una persona y un grupo económico cuando la primera sea director o gerente de una persona jurídica perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera
---	--	--

		<p>de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.</p> <p>La Superintendencia de Bancas y Seguros podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellas, salvo prueba en contrario.</p>
--	--	---

SUPUESTOS LEGALES DE VINCULACIÓN ECONÓMICA EN EL PERÚ

<p>Vinculación económica entre el deudor y sus acreedores según el Artículo 12º de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 29157, modificada por Decreto Legislativo N° 1050</p>	<p>Vinculación Económica según el Artículo 7.3º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 084-2004-PCM</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Podrá declararse vinculación entre el deudor y un acreedor cuando existan o hayan existido relaciones de propiedad, parentesco, control o gestión, así como cualquier otra circunstancia que implique una proximidad relevante de intereses entre ambos. A título enunciativo y no limitativo son relaciones que evidencian la existencia de vinculación concursal: • El parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad entre ambas partes o entre una de ellas y los accionistas, socios, asociados de la otra parte o entre una de ellas y los accionistas, socios o asociados de la otra o entre quienes ostenten tal calidad. • El matrimonio o concubinato. • La relación laboral, que implique el ejercicio de labores de dirección o de confianza. • La propiedad, directa o indirecta del acreedor o deudor en algún negocio de su respectiva contraparte. Están excluidos de esta condición los trabajadores que sean acreedores de las cooperativas de trabajo. • La asociación o sociedad, o los acuerdos similares entre acreedor y deudor. • La existencia de contabilidad común entre las actividades económicas de acreedor y deudor. • La integración común de un grupo económico en los términos señalados en la ley de la materia. • La existencia de estas relaciones deberá ser declarada por el acreedor y por el deudor en la primera oportunidad que se apersonen ante la Comisión. 	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes o exista vinculación económica entre ellos en la que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al cinco por ciento (5%) del capital social en cada una de ellos, adjunto a la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, cambio de razón o denominación social (incluye transformación de forma societaria), según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán presentar una declaración jurada firmada por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, según sea el caso, precisando que cuando participen en un mismo proceso de selección, sólo lo harán en consorcio y no independientemente. • No será obligatoria la presentación de dicha declaración jurada, si los demás proveedores no cuentan con inscripción vigente en el RNP. • Entiéndase como vinculación económica aquella relación entre dos o más personas naturales o jurídicas, que conlleve a un comportamiento concertado para fines empresariales.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILUZ FERRARI, DENIS. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Tegucigalpa – Honduras. Tesis. 1968.

AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. Interés Social y Derecho de Suscripción Preferente. Civitas. España. 1995.

AGUINIS, Ana María de. Control de Sociedades. Abeledo- Perrot. Bs.As. 1996.

ALBALADEJO, Manuel. El Negocio Jurídico. Bosch, Barcelona-España, 2da. Ed, 1993.

ALBALADEJO, Manuel. El Negocio Jurídico. Librería Bosch. Barcelona-España.1993.

ALBALADEJO, Manuel. Compendio de Derecho Civil. Bosch. 10 Ed. Barcelona-España.1997.

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. T.I, Vol. 1. Bosch. 10 Ed. Barcelona-España.1996.

ALPA, Guido. Responsabilidad Civil y Daño. Gaceta Jurídica. Lima-Perú.2001.

ALTERINI, Atilio. Responsabilidad Civil. Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina. 1992.

ALTERINI, Atilio-Lopez Cabana, Roberto. Panorama actual de la teoría del Abuso de derecho en el Derecho comparado..., En Ponencias del Congreso Internacional celebrado en la Univ. Lima el 16-18 de Nov. 1989, Centro de Investigación Jurídica, Lima.1992.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. Abuso de Personificación del Velo y Desenmascaramiento. Colex. Madrid-España. 1997.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. La Nueva Filosofía del Derecho. UNMSM. Lima.1976.

ÁNGELES, Fernando-FRISANCHO, Manuel-ROSAS, Jorge. Código Penal. Ediciones Jurídicas. Lima-Perú. 1997.

ARÉVALO VELA, Javier. Comentarios a la Legislación Laboral, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima- Perú, 1997.

ARANGIO- RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1986.

ARGUELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano. Astrea-Depalma. Buenos Aires. 1985.

ARIAS CAÑETE, Miguel. Fraude de la ley y economía de opción, en: Estudios de Derecho tributario, I.E.F., Vol. I, Madrid-España. 1979.

ARSON DE GLINBERG, Gloria. Compendio de Derecho Civil. 2817 Ediciones. Buenos Aires. Argentina .

ASCARELLI, Panorama de Derecho Comercial, Editorial Depalma, Buenos Aires-Argentina-Argentina.1949.

ASCARELLI, Tullio. Sociedades y Asociaciones, Edición S.A. Editores, Buenos Aires-Argentina.1947

ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del trabajo*, 7ª ed., Ariel, Barcelona, 1981.

ARCE ORTIZ, Elmer, “Grupo de empresas y Derecho Laboral”, en *Ius et Veritas*, año XIII, Nº 26, Lima, 2003.

ARCE ORTIZ, Elmer, “El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo”, en *Los principios del derecho de trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004.

ARCE ORTIZ, Elmer, *La subcontratación entre empresas y relación trabajo en el Perú*, Palestra, Lima, 2006.

ARCE ORTIZ, Elmer, “Grupo de empresas y Derecho laboral”, en *Ius et Veritas*, año XIII, Nº 26, Lima, 2003.

ARÉVALO VELA, Javier, Comentarios a la legislación laboral, Editorial Cultural Cuzco, 1998.

ARÉVALO VELA, Javier, Comentarios a la Ley Procesal de Trabajo, Legislación y Jurisprudencia, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1997.

ARIAS CAÑETE, Miguel, “Fraude de la ley y economía de opción”, en *Estudios de Derecho tributario*, I.E.F., Vol. I, Madrid, 1979.

ARIAS SHEREIBER, Max, Contratos Modernos, T. I., W.G. Editor, Lima, 1994.

BALBÍN TORRES, Edgardo, “Sobre responsabilidad social empresarial, Derecho y derechos laborales”, en *Derecho & Sociedad*, Nº 23, Lima, 2004.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El Principio de continuidad y el despido individual”, en VV.AA., *Los principios del derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos Fundamentales de la persona y relación de trabajo*, PUCP, Lima, 2007.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El acoso moral en la relación de trabajo*, Palestra, Lima, 2007.

BAIGUN-BERGEL. *El fraude en la administración societaria*. Depalma. Argentina. 1991.

BOLDO RODA, Carmen. *El Levantamiento del Velo y la Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles*. Tecnos. Madrid.1993.

BOLDO RODA, Carmen. *La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español*. En *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Depalma. Buenos Aires. 1997.

BOLDO RODA, Carmen. *Levantamiento del Velo y persona Jurídica en el Derecho Privado*;Editorial Aranzadi. 2da Ed. Pamplona-España. 1997.

BOLDO RODA, Carmen. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Año 3. Buenos Aires-España. 1997.

RODA, Carmen; *El Levantamiento del Velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Tecnos. Madrid-España. 1995.

BRAMOT- ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Santa Rosa. Lima- Perú. 2000.

BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA). Buenos Aires. 1960.

BUFETE RAMÓN HERMOSILLA ABOGADOS. *Los Delitos Societarios en el Código Penal de 1995*.Sopec. Madrid. 1996.

BULLARD GONZALES, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. ARA. Lima. 1996.

BULLARD GONZALES, Alfredo; *¿Como vestir un santo sin desvestir a otro? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes*. En. *Themis* N°150. Lima – Perú.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil..* Abeledo-Perrot Bs. As.1997.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO; *La Personalidad Jurídica Societaria. Derecho Societario - Parte General*. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires – Argentina. 1994.

CÁCERES ZAPATA, Rubén, "Instituciones, derecho y costos de transacción: el análisis económico del derecho en una sociedad no estructurada", *Universidad del Pacífico-Centro de investigación*, 2005.

CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, "El principio de solidaridad laboral y los grupos económicos. Pasado, presente y futuro", en *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, año VIII, Nº 2, Lima, 2002.

CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, "El principio de solidaridad laboral y los grupos económicos", en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Nº 2, Vol. 59, Lima, 2004.

CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *El principio de primacía de la realidad. Su aplicación a las relaciones laborales ocultas y sociedades interpuestas*, Editorial RAO, Lima, 2004.

CARRIL VÁSQUEZ, Xosé Manuel, "El nuevo escenario del derecho de trabajo: globalización, estado, ordenamientos supranacionales y la sociedad internacional de nuestros días", en *Temas actuales de derecho laboral*, Normas Legales, Trujillo, 2005.

CAPILLA RONCERO, Federico. *La Persona Jurídica: Funciones y disfunciones*. Tecnos.Madrid-España. 1984.

CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T.I. Editorial Reus. Madrid- España. 1943.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *La Persona Jurídica*. Civitas. Madrid-España. 1981.

CAVERO GARCÍA, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: factores de imputación*. Bosch. Barcelona.1999.

COELHO, Paulo. *El Alquimista*. Planeta. Buenos Aires.1988.

CORONEL JONES, Cesar; *La Simulación de los Actos Jurídicos*, Editorial Nomos,Bogota-Colombia

CORTÉS, Hernán. *La Simulación como vicio jurídico*. Rivadía 1765. Bs. As. 1943.

COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y El concepto jurídico de libertad*. Editorial Lozada, S.A. Buenos Aires.1941.

COSSIO, Carlos. *Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho*. Depalma. Buenos Aires. 1987.

DE ÁNGEL YAGUES, Ricardo. La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia. Editorial Civitas S.A.4ta Ed. Madrid,1997.

DE BELAUNDE, Javier y otros, PUCP, Selección de Textos de Personas Jurídicas,Lima.2000.

DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Alfonso, "Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción?", en VV.AA., *Los principios del derecho del trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo PLá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004.

DE TRAZEGNIES GRAÑA, Fernando. El derecho de adquisición preferente-La transferencia del control a través de una sociedad holding, Advocatus N° 4, Lima, 2000.

DE BENITO, José. La Personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles. Revista de Derecho Privado. Madrid-España. 1943.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico; La Persona Jurídica, Editorial Civitas S.A.,Madrid, 2da Ed. 1984.

DE CASTRO Y BRAVO; El Negocio Jurídico, Editorial Civitas, Madrid-España,1997.

DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO. Instituciones de Derecho Civil, T. I. Editorial Civitas S.A. Barcelona - España. 2000

DE LA VEGA BENAYAS, Carlos; Teoría aplicación y eficacia de las normas, Madrid-España.

DE LAS CUEVAS, Guillermo. Los Órganos Societarios. Editorial Heliasta. Buenos Aires-Argentina.1996.

DE LOS MOZOS, José Luis. Derecho Civil. Métodos, sistemas y categorías jurídicas. Civitas.Madrid-España.1988.

DE ROSSI, Guido. Genealogía y personalidad de la sociedad anónima. Tesis para optar el grado de doctor. UNMSM. Lima.1962.

DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. T.I. Reus. Madrid-España.1944.

DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. Abuso de Personificación, Levantamiento del Velo y Desenmascaramiento. Editorial Colex. Madrid,1997.

DE YÁGUEZ Ángel. La doctrina del Levantamiento del Velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia. Madrid, Editorial Civitas, 1990.

DEL BUSTO QUIÑÓNEZ, Juan. La Teoría de la Realidad Económica en la Interpretación de la Ley Tributaria, Tesis. PUC. Lima. 1970.

DELGADO, JOSÉ. Luces de Heraclito El Oscuro. Facultad de Letras. Editada por el Departamento de Publicaciones. UNMSM. Lima. 1956.

DÍAS MOSTO, Jorge; Origen y aplicación de fondos y análisis financiero, Editorial de Libros Técnicos, Lima-Perú.

DIEZ PICAZO, Luis. Sistemas de Derecho Civil. Vol. I. Tecnos. Madrid-España. 1995.

DIEZ- PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Editorial Civitas. Madrid. 1996.

DIEZ-PICAZO, Luis- Antonio GULLÓN BALLÉSTEROS; Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Tecnos, 4ta Ed. 1995.

DIEZ-PICAZO, Luis- GULLON, Antonio; Sistemas de Derecho Civil, Vol. III, Tecnos, 4ta Ed. 1995.

DIEZ-PICAZO, Luis. La doctrina de los actos propios. Bosch. Barcelona. 1963.

DIEZ PICAZO- GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Vol.II. Tecnos. Madrid. 1984.

DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. El Abuso del Derecho y el fraude a la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil Español y el problema de sus reciprocas relaciones. En revista *Ius Et Veritas*. Año 3. No 5. Lima. Nov. 1992.

DOBSON, Juan M. El Abuso de la personalidad jurídica. Depalma, Bs. As. 1985.

DOLORIER TORRES, Javier, *Derecho laboral empresarial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

EBAYGUN-BERGEL. El fraude en la administración societaria. Depalma. Bs. As. 1991.

ECHAIZ MORENO, Daniel; Los grupos de empresas en el Perú, en *Gaceta Jurídica*.

ELIAS LAROZA, Enrique; Ley General de Sociedades-comentada, fascículo 7mo, Normas Legales, 1998.

EMBID IRUJO, Jose Miguel. Justicia y Seguridad Jurídica: a propósito del levantamiento del velo de la persona jurídica societaria. En *Derecho de Negocios*. Año 9, No 96, Septiembre. 1998.

ENNECCERUS, Ludwing. Tratado de Derecho Civil. T. II. Segunda Parte. Derecho de las Obligaciones. Bosch. Barcelona. 1966. p.621-642, 2000.

ENNECCERUS, Ludwig y Hans C. NIPPERDEY, Derecho Civil (Parte General), T.I ,Vol. II, Bosch. Barcelona, 1981.

ESCOBAR ROZAS, Fredy. La Estructura de la Obligación Tesis. PUCP. Lima. 1997.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes y dependientes. Gaceta Jurídica. Tomo 79-B. Lima. 2000.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de Personas. Editorial Huallaga. Lima.2001.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Responsabilidad civil de la Persona Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 80-B. Lima. 2000

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Separata del Título Preliminar del Código Civil. 1995.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Una aplicación de los abusos de derecho en la experiencia comparada: El problema del abuso de la personalidad. En Gaceta Jurídica. Tomo No 17. Lima. Mayo. 1995.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan., Estudios de Derecho de Personas, Editorial Huallaga, Lima, 2000.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico. Astrea. Buenos Aires-Argentina .1989.

FALCONI CANEPA, Julio, *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociales*, Grijley, Lima, 2005.

FERRO DELGADO, Víctor, “El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional”, en VV.AA., *Los principios del derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004.

FEDERACIÓN DE COLEGIOS DE CONTADORES PÚBLICOS DEL PERU-Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASC); Normas Internacionales de Contabilidad 2000, Libro 3, Tomo II, Lima.2000.

FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio; La Seguridad Jurídica y la teoría de la apreciación económica de los hechos imponible en: Revista del Instituto de Derecho Tributario, Vol. 23, Dic. 1992, Lima- Perú.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso de derecho. Grijley. Lima- Perú. 1999.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Apuntes sobre el Abuso de la personalidad jurídica. En Gaceta Jurídica. Tomo 73-B. Lima. 1999.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Daño al Proyecto de vida. Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. Numero 50. Lima.1996.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona. Grijley. Lima-Perú.1995.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona. Grijley. Lima-Perú.1998.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho como Libertad. Universidad de Lima. 1era ed. Lima. 1994.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho como Libertad. Universidad de Lima. 2da ed. Lima. 1994.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. La Irrealidad del artículo 78 del Código Civil. Gaceta Jurídica. Tomo 51. Lima.1998.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Naturaleza Tridimensional de la Persona Jurídica. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Numero 52. 1999.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Visión Tridimensional de la Persona Jurídica, En Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso de Derecho. Grijley. 2da ed. Lima. 1999.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Grijley. Lima-Perú. 2001.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona. Grijley. Lima-Perú.1998.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Visión Tridimensional de la Persona Jurídica, En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXX N° 89, Mayo-Agosto. México. 1997.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. La Persona en la doctrina jurídica contemporánea. Universidad de Lima. Lima-Perú. 1984.

FERRARA, Francisco. Teoría de las Personas Jurídicas. Editorial Reus. Madrid-España. 1929.

FLORES POLO, Pedro. Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Justo Valenzuela. Lima-Perú. 1977.

FLORES ALANOCA, Jael, *Flexibilización del derecho del trabajo*, Macigrav, Tacna-Perú, 2002.

FROMM, Erich. El Arte de Amar. Paidós. Buenos Aires-Argentina. 1987.

GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. Vol. I. Temis, Santa Fe de Bogota. 1999.

GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. La Transferencia como solución a la crisis de empresa : La Solidaridad como tutela de los trabajadores, ponencia presentada en el VII Congreso Argentino de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Buenos Aires- Argentina. 1987.

GARCÍA RADA, Domingo. Sociedad Anónima y Delito. Studium. Lima-Perú. 1985.

GARCÍA GRANARA, Fernando, "La primacía de la realidad en la inspección del trabajo", en *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional*, Academia de la Magistratura – SPDTSS, Lima, 2004.

GARCÍA MARCOS, M., *Historia de la filosofía*, Alhambra, México, 1994.

GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, La Transferencia como solución a la crisis de empresa: La Solidaridad como tutela de los trabajadores, en el *VII Congreso Argentino de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* [Ponencia], T. I Buenos Aires, 1987.

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, T. I, Editorial Porrúa, México, 1984,

GARO, Francisco. Sociedades Comerciales. T. I. Vol. I. La Facultad, Buenos Aires-Arentina.1949.

GARRIDO, Roque- Jorge ZAGO. Contratos Civiles y Comerciales. Parte especial. Universidad. 1991.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1979.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Porrúa, México, 1981.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa S.A., México,1984,T.I.

GARRIGUES, Joaquín. Teoría general de las sociedades mercantiles. En revista de Derecho Mercantil. No 142, Octubre, 1976.

GARRIGUES, Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil. TIII. Vol. I. Revista de Derecho Mercantil. Madrid.1963.

GIORGI, Jorge. Teoría de las obligaciones. Hijos de Reus. Madrid-España 1911.

GÓMEZ VALDEZ; Francisco. Relaciones Individuales de Trabajo, Editorial San Marcos, 1era Ed. , Lima-Perú, 1996.

GÓMEZ VALDÉZ, Francisco, *El contrato de trabajo*, Editorial San Marcos, Lima, 2000.

GONZÁLES HUNT, César, “La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad en derechos”, en VV.AA., *Los principios al profesor del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), Lima, 2004.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo, “El derecho laboral en la Constitución Nacional Colombiana” en *El trabajo y la constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social / Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Bogotá, 2003.

GULMINELLI LUDOVICO, Ricardo; Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica, Ediciones Depalma, Buenos Aires- Argentina, 1997.

HERNANDES RUEDA, Lupo. Citado por DIAZ AROCO, Teofila. Derecho Individual del Trabajo, Grafico Horizonte, Lima-Perú. 1996.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. La Prueba en el Proceso Civil, Gaceta Jurídica, Lima- Perú, 1999 .

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Intereses afectados por la formación de grupos de empresas y sus mecanismos de protección, En Gaceta Jurídica, T.60,Nov. 1998.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El derecho de impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas en la nueva ley general de sociedades. Ius et Praxis. No 28.Univ. de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima.1997.

HUNDSKOPF, Oswaldo. Delitos Societarios. Informativo Legal. Vol. 169. Lima. 2000.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial. Tomo III. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima. 2000.

ISMODES CAIRO, Aníbal. Sociología. Minerva. Lima-Perú 1967.

ISMODES CAIRO, Anibal. Sumario de Sociología. Concytec. Lima-Peru. 1989.

ITURRIAGA ROMERO, José. La representación en el Derecho Privado. UNMSM. Lima 1974.

JAKOBS, Gunther. Responsabilidad penal de adopción acuerdos. En MIR PUIG, Santiago. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Bosch. Barcelona-España.1966 .

KENT J., Jorge- Figueroa. Grupos y Delitos Económicos. En Martorell, Eduardo. Los Grupos Económicos y de sociedades. Ad-Hoc. Buenos Aires.2000.

LOHMAN LUCA DE TENA, Juan Guillermo; El Negocio Jurídico. Editorial Grijley, 2da Ed., Lima-Peru.1998.

LÓPEZ CABANA, Roberto. Responsabilidad Civil Objetiva. Abeledo-Perrot. Bs. As.1995.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General. T. II. Perrot. Buenos Aires. 1967.

LLEBOT MAJO, Jose Oriol. Los deberes de los administradores de la sociedad anónima. Civita. Madrid-España.1996.

MAGISTRI ET DOCTORES. Revista de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Año VIII. N°2. Editorial Minebes, Lima-Perú. 2003.

MARÍAS, Julián. Historia de la Filosofía. Revista de Occidente. Madrid. 1974.

MARTORELL, Ernesto. Los Grupos Económicos y de Sociedades. Ad- Hoc. Buenos As.

MENDOZA Y MENDOZA, Alejandro. El Estatuto del Accionista. Editorial Kelly. Bogota.1969. p.27. Gaceta Jurídica. Lima-Perú.1997.

MOISSET, Luis. El acto ilícito y La Responsabilidad Civil.. En ALTERINI, Atilio-Roberto LÓPEZ CABANA. La Responsabilidad. Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina.1995.

MONTERO AROCA, Juan. Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes en Revista argentina de derecho procesal. No 3. Buenos Aires- Argentina, La Ley S.A., 1972.

MONTOYA MANFREDI, Ulises, Editorial Grijley, 9na Edición, Lima- Perú. 1998.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. Derecho Comercial. T.I. Grijley. Lima- Perú.1998.

MORALES ACOSTA, Alonso. Concentración Empresarial: fusión, escisión y otras formas de reorganización de sociedades; en Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Serie Derecho, Lima-Perú.

MORALES ACOSTA, Alonso. Título Preliminar del Anteproyecto de la Ley General de la Actividad Empresarial en: Gaceta Jurídica, Tomo 64B, Marzo, Lima- Perú. 1999.

MORALES CORRALES, Pedro y Alfonso DE LOS HEROS. Manual de Jurisprudencia Laboral. Tomo I . Grafico Nuevo Mundo. Lima-Perú.1998.

MORALES GODO, Juan. El Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica. En: Temas de Derecho Registral. T.II. Palestra. Lima-Perú. 1999.

MORALES, Carlos Guillermo, “Consideraciones en torno a la jurisprudencia constitucional sobre los contratos no personales”, en *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional*, Academia de la Magistratura – SPDTSS, Lima, 2004.

MORALES CORRALES, Pedro, “Sucesión empresarial”, en VV.AA., *Los principios del derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTTS, Lima, 2004.

MOSSET ITURPASPE, Jorge; Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios. Tomo I.Ediar. Bs. As. 1974.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. El fraude a la Ley. En la revista del Derecho Privado y Comunitario. No 4 Fraudes. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe.1993.

MUÑIZ-ALTERINI-SOTO, El Código Civil del Siglo XXI, T. I, Ediciones Jurídicas, Lima. 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia. 1993.

MYER, John N. Análisis de Estados Financieros, principios y técnicas; Editorial Mundi S.A., Buenos Aires-Argentina. 1965.

NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2004.

ODRIOZOLA, Carlos. Estudios de Derecho Societario. Cangallo. Buenos Aires-Argentina. 1971.

ORGAZ, Alfredo. Personas Individuales. Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1946.

ORIONE, Francisco. Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Buenos Aires. Argentina. 1941.

ORMACHEA, Enrique. El abuso del derecho. En: Revista de Derecho PUCP. No 51. Fondo Editorial de la PUC. Lima-Perú.1997.

ORTIZ CABALLERO, Rene. La doctrina de los actos propios en el derecho civil peruano.En Derecho, N° 45, PUCP.Lima-Perú.1991.

PALMER OLIDEN, Carmen Julia. Abuso de la responsabilidad por los socios de la sociedad anónima. Gaceta Jurídica. Tomo 80-B. Lima-Perú. 2000.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, "En torno al principio de irrenunciabilidad", en *Ius et Veritas*, N° 31, Lima, 2005.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978.

PAZ-ARES, Cándido. La responsabilidad del socio colectivo, Civitas, Madrid-España.1993.

PIAGGI DE VANOSSI, Ana. Estudios sobre la Sociedad Unipersonal. Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1997.

PIÉROLA CASTRO, Noe. Aplicación de teoría de juegos para la comprensión del Concepto y la función de la buena fe.En: Revista de Derecho PUCP. N° 51. Fondo Editorial de la PUC. 1997.

PLANIOL, Marcelo –Jorge RIPERT. Derecho Civil Francés. T.XI. Cultural. Habana-Cuba. Cultural. 1940.

POSNER, Richard A. .El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económico. México. 1998.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las Consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Gaceta Jurídica R. HOUIN. El abuso de la personalidad moral en las sociedades por acciones. Derecho francés. Revista Jurídica Argentina La Ley. Tomo 109. Bs. As. 1963. p.1054. Lima-Perú.2000.

REALE, Miguel. Fundamentos del Derecho. Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1976.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge; Derecho del Trabajo Colectivo. Edial. Lima-Perú. 1994.

REVISTA DEL FORO. Colegio de Abogados de Lima. Año MMIII, N°1. Editado por la Dirección de Comunicaciones e Informática Jurídica. Lima-Perú. 2003.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA. UNMSM. VOL. 58, N° 1- N°2. Lima – Perú. 2001.

REYNA ALFARO, Luis Alfaro. La responsabilidad del empresario en el Derecho Penal. Derecho y empresa. Lima. 1999.

RICCI, Francisco. Derecho Civil. T. XVIII, La España Moderna, Madrid- España.s/a

RICHARD, Efraín H. Las Relaciones de Organización y Sistema Jurídico del Derecho Privado. Córdoba- Argentina. Ediciones Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.

RICHARD, Hugo. Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado. Academia Nacional de Derecho. Córdoba. 2000.

RIVAROLA, Mario. Sociedades Anónimas, T.I, Editorial Ateneo, 1941.

RIVERA, Julio. Instituciones de Derecho Civil. T.II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

ROJAS, Manuel Juan. El Derecho de Voto en la Sociedad Anónima. Editorial Jus. México.1945.

ROSSEMBUJ TULIO; Fraude de ley y abuso de las formas en el derecho tributario, Marcial Pons, Madrid. 1994.

RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico , PUCP, Lima. 1988.

RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol. III. Lima.1998.

RUBIO, Jesús. Curso de Derecho de Sociedades Anónimas, Editorial de Derecho Financiero. Madrid – España. 1964.

RASO DELGUE, Juan, “Outsourcing”, en VV.AA., *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Fondo Cultural Universitaria, Montevideo, 2000.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Manual de Derecho del trabajo individual*, Tarpuy, Lima, 1987.

ROMERO MONTES, Francisco, “El contrato de trabajo”, en *Contratos*, Hugo Huayanay (Comp.), RAO, Lima, 2002.

RUBIO CORREA, Marcial, *El Sistema jurídico. Introducción al Derecho*, PUCP, Lima, 1988.

RUBIO CORREA, Marcial, *Título Preliminar. Biblioteca para leer el Código Civil*, PUCP, Vol. III, Lima, 1998.

RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, PUCP, Lima, 2005.

RUBIO CORREA, Marcial, *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, PUCP, Lima, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "La descentralización productiva", en VV.AA., *Los principios del derecho de trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004.

SAGARDOY, Juan A. Problemática Laboral de los Grupos de Empresa, en Revista Jurídica del Perú, Año XLVI, No 1, Enero-Marzo 1996.

SALDAÑA QUINTILIANO. Capacidad criminal de las personas sociales. Reus. Madrid.1927; Mestre Aquiles. Las personas morales y la responsabilidad penal. Reus. Madrid.1947.

SASOT BETES, Miguel A. –SASOT, Miguel P. El Órgano de administración. Abaco de Rodolfo de Palma. Bs. As. 1980. Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, común y foral.

SCONAMIGLIO Renato; Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, Bogota,1983.

SERICK, Rolf. Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. Ediciones Ariel.Barcelona- España.1958.

SILVA VALLEJO, José. Antonio. Introducción a la filosofía. Quesquen Gonzales. Chiclayo. 1965.

STIGLITZ, Rubén. Contratos- Parte General. T. II. Depalma. Bs As. 1993.

STRATA, Oswaldo. Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Editorial Zavalia. Bs. As.1964.

TAPIA CABAÑIN, Miguel A.; La Función Jurisdiccional del Estado en el Abuso del Derecho, Tesis de Magíster, UNMSM, Lima.1998.

TEUBNER, Gunther, *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, ARA, Lima, 2005.

TOLEDO ANICAMA, Eduardo; Las fundaciones en el derecho peruano, Tesis de Bachiller, UNMSM. Lima,.1972.

TOROS LLANOS, Víctor. Criterios jurídicos determinantes de la imputabilidad de responsabilidad civil de los directores de las sociedades por acciones en el marco legal societario. Tesis Magíster. UNMSM. Lima.1998.

TORRES CARRASCO, Manuel. La declaración de insolvencia en virtud del Art.703 del CPC en :Gaceta Jurídica. Tomo 68-B. Lima. 1999.

TORRES CARRASCO, Manuel. Reconocimiento de los Créditos Laborales. En: Gaceta Jurídica. Tomo 68-B. Lima. 1999.

TORRES VASQUEZ, Anibal. Acto Jurídico. Idemsa. Segunda Edición. Lima. Perú. 2001.

TORRES Y TORRES Lara, Carlos. Derecho de la Empresa.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos. La Constitución Económica en el Perú – La Economía según la Constitución de 1993. Desarrollo y Paz Editores. Lima.1994.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “El principio de primacía de la realidad en las Sentencias del TC”, en *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional*, Academia de la Magistratura – SPDTSS, Lima, 2004.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “La intermediación laboral y sus relaciones con la tercerización”, en *Los principios del derecho de trabajo en el Derecho peruano*, SPDTSS, Lima, 2004.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones de Derecho laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “Impacto de las sentencias laborales del Tribunal Constitucional sobre el mercado de trabajo”, en *Ius et veritas*, año XV, N° 30, Lima, 2005.

URIA- MELÉNDEZ-OLIVENCIA. Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. T. XIV. Civitas. Madrid. 1998.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Temis. Bogotá - Colombia. 1989.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Asambleas de Sociedades Anónimas. Porrúa. México. 1955.

VÁSQUEZ RÍOS, Alberto; Derecho de Personas. Editorial San Marcos, Lima – Perú. 2002.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio. Estudios de Derecho del Trabajo...,T. I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986.

VEGA MERE, Yuri. Apuntes sobre el denominado Abuso de derecho en: Derecho Privado,T. I, Grijley, Lima. 1996.

VEGA MERE, Yuri. Ob. Cit. Cfr. ESCOBAR ROZAS, Fredy. La Estructura de la Obligación. Tesis. PUC. Lima. 1997.

VEGA VELASCO, Jorge. Impugnación y Nulidad de acuerdos de las juntas generales de accionistas en las sociedades anónimas. Ius et Praxis. No 32.Univ. de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima.2001.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando, El Acto Jurídico..., Cultural Cuzco Editores, 2da Ed., Lima- Peru, 1990.

VILLEGAS, Carlos. Derecho de las Sociedades Comerciales. Abeledo- Perrot. 3º Edición. Buenos Aires- Argentina.1993.

VILLEGAS, Héctor B., Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, T. I , Depalma, Bs. As., 1987.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. Sociedades Comerciales. T. I. Rubizal-Culzoni Editores. Santa Fe.1997.

VILLEGAS, Carlos. Agrupación de Sociedades. Abeledo- Perrot. Bs. As. 1993.

VILLENA, Luis A., La interpretación económica de las leyes tributarias y la calificación de los hechos imponible por su contenido económico en: Revista del Instituto de Derecho Tributario, Vol. 23, Dic. 1992, Lima- Perú.

VIZCARDO, Hugo Silfredo Hugo. Delitos contra el Patrimonio. INPICAJ. Lima- Peru.2000.

VINATEA RECOBA, Luis, "Los principios del derecho del trabajo y el proceso laboral", en VV.AA., *Los principios del derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004.

VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Civitas. Madrid-España.1991.

WEBER, Max. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. México. 1969.

YUNGANO, Arturo R. Derecho Civil. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires- Argentina. 1990.

ZANNONI, Eduardo. Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1984.